

الإختصار لتعليل المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دققة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الثالث

مقرر تدريسه لطلبة السنة الثالثة الثانوية بالجامعة الأزهرية

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

مكتب من: **دار الكتب العلمية** بيروت - لبنان
ص: ١١/٩٤٢٤ : تلخس : Nasher 41245 Le
هاتف : ٨١٥٥٧٣ - ٣٦٦١٣٥

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

وهي مشتقة من التحوّل بمعنى الانتقال ، يقال : تحوّل من المنزل إذا انتقل عنه ، ومنه تحويل الفراش . وفي الشرع : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ولهذا قلنا : إذا صحّت الحوالة برئ المحيل لتحويله إلى ذمة المحال عليه ، لأن من المحال بقاء الشيء الواحد في محلين في زمان واحد ، وهو عقد مشروع ، قال صلى الله عليه وسلم « من أحيل على ملىء فليتبّع » أمر باتباعه ، ولولا الجواز لما أمر به ، حتى إن من العلماء من قال بوجوب الاتباع نظرا إلى ظاهر الحديث ، ونحن نقول : المراد منه الإباحة ، لأن تحوّل حقه إلى ذمة أخرى من غير اختياره ضرر به ، وإنما خصه عليه الصلاة والسلام بالملىء حكما للغالب ، لأن الغالب في الحوالات ذلك لأنه شرط الجواز ، ثم عند أبي يوسف الحوالة توجب براءة المحيل من الدين والمطالبة براءة مؤقتة إلى أن يتوى ما على المحال عليه ، حتى لو أبرأ المحال المحيل صحّ ؛ ولو أحال الراهن المرتهن بدينه استردّ الرهن . وعند محمد توجب البراءة من المطالبة دون الدين فلا يصحّ الإبراء ، ولا يستردّ الراهن الرهن . لمحمد رحمه الله أن نقل الدين غير ممكن لأنه تملك المسال وذلك لا يقبل النقل ، وموجه المطالبة وهي تقبل النقل ، ولهذا لو أدى المحيل الدين أجبر المحال على قبوله . ولأبي يوسف رحمه الله أن الحوالة أضيفت إلى الدين ، ولو أضيفت إلى المطالبة لاتكون حوالة ، فوجب القول بتحويل الدين

وهي جائزة بالديون دون الأعيان ، وتصح برضا المحيل والمحتمل والمحال عليه ، وإذا تمت الحوالة برئ (ز) المحيل حتى لو مات لا يأخذ المحتمل من تركته ، لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو من الغرماء مخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتمل إلا أن يموت المحال عليه مفلساً (سم) ، أو يمحّد (ف) ولا بيّنة عليه ، فإن طالب المحتمل عليه المحيل فقال : إنما أحلتّ يديّن لي عليك لم يقبل ، وإن طالب المحيل المحتمل بما أحاله به فقال : إنما أحلتني يديّن لي عليك لم يقبل .

لحقيقة الإضافة ، وإنما صحّ الأداء من المحيل لأنه ثبت له بالحوالة براءة مؤقتة ، وبالأداء تثبت له براءة مؤبدة وأنه زيادة فائدة .

قال (وهي جائزة بالديون دون الأعيان) لما مرّ أنها تبني على التحوّل ، وإنما تتحوّل الديون دون الأعيان . قال (وتصح برضا المحيل والمحتمل والمحال عليه) أما المحيل فلأنه الأصل في الحوالة ، ومنه توجد ؛ وذكر في الزيادات أن رضا المحيل ليس بشرط لأن المحال عليه يتصرّف في نفسه بالتزام الدين ولا ضرر على المحيل بل فيه نفعه ، لأنه لا يرجع عليه إلا برضاه . وأما المحتمل والمحال عليه ، فلتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء ، ففعل المحال عليه أفسر وأفلس ، والمحال أشدّ اقتضاء ومطالبة ، فيشترط رضاها دفعا للضرر عنهما . قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل) لما مرّ . وقال زفر : لا يبرأ لأنها للاستيثاق فبقي الدين على المحيل كال كفالة . وجوابه مأمّر أنها من التحويل ، ولا بقاء مع التحويل على ما بينا فيبرأ المحيل (حتى لو مات لا يأخذ المحتمل من تركته ، لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو من الغرماء مخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتمل إلا أن يموت المحال عليه مفلساً أو يمحّد ولا بيّنة عليه) لأنه عجز عن الوصول إلى حقه ، والمقصود من الحوالة سلامة حقه فكانت مقيدة بالسلامة ، فإذا فاتت السلامة انفسخت كالعيب في المبيع . وعندهما يرجع بوجه آخر أيضاً ، وهو أن يحكم الحاكم بأمره في حياته بناء على أن الإفلاس يحقق عندهما بقضاء القاضى وعنده لا . قال (فإن طالب المحتمل عليه المحيل فقال : إنما أحلت يديّن لي عليك لم يقبل) وعليه مثل ما أحال لتحقيق السبب وهو قضاء دينه بأمره ، لكن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر ، والقول قول المنكر ، والحوالة ليست لإقرارا بالدين فإنها تكون بدونه (وإن طالب المحيل المحتمل بما أحاله به فقال : إنما أحلتني يديّن لي عليك لم يقبل) لأن المحتمل يدعى عليه الدين وهو ينكر ، وفي الحوالة معنى الوكالة فيكون القول قوله .

كتاب الصلح

وَيَجُوزُ مَعَ الْإِقْرَارِ وَالسُّكُوتِ (ف) وَالْإِنْكَارِ (ف) ؛ فَإِنْ كَانَ عَنْ إِقْرَارٍ وَهُوَ بِمَالٍ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ بِمَنْفَعَةٍ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالْإِجَارَةِ فَإِنْ اسْتَحَقَّ فِيهِ بَعْضُ الْمَصَالِحِ عَنْهُ رَدَّ حِصَّتَهُ مِنَ الْعَوَضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ الْجَمِيعُ رَدَّ الْجَمِيعِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ كُلُّ الْمَصَالِحِ عَلَيْهِ رَجَعَ بِكُلِّ الْمَصَالِحِ عَنْهُ ، وَفِي الْبَعْضِ بِحِصَّتِهِ . وَالصَّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِإِفْتِدَاءِ الْيَمِينِ ،

كتاب الصلح

وهو ضد الفساد ، يقال : صلح الشيء إذا زال عنه الفساد ، وصلح المريض إذا زال عنه المرض ، وهو فساد الزواج ، وصلح فلان في سيرته إذا ألق عن الفساد . وفي الشرع : عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن ، وهو عقد مشروع مندوب إليه ، قال تعالى - فأصلحوا بينهما - وقال تعالى - والصلح خير - . وقال صلى الله عليه وسلم « كل صلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحا حرم حلالا أو حلل حراما » وقال عمر رضي الله عنه : ردوا الخصوم كي يصطلحوا .

قال (ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار) لإطلاق ما روينا من النصوص . قال أبو حنيفة رضي الله عنه : أجود ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمس ، لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء الآثار ، وهو في الصلح عن الإنكار أبلغ ، وللحاجة أثر في تجويز المعاهدات ، ففي إبطاله فتح باب المنازعات . قال (فإن كان عن إقرار وهو بمال عن مال فهو كالبيع) لوجود معنى البيع وهو مبادلة مال بمال بتراضي المتعاقدين والعبارة للمعاني ، فيثبت فيه خيار الرؤية والعيب والشرط والشفعة ، ويشترط القدرة على تسليم البدل ويفسده جهالة البدل لإفضائها إلى المنازعة ، ولا نفسده جهالة المصالح عنه لأنه إسقاط . قال (وإن كان بمنافع عن مال فهو كالإجارة) لوجود معنى الإجارة ، وهو تملك المنافع بمال حتى تبطل بموت أحدهما في المدة كما في صورة الإجارة (فإن استحق فيه بعض المصالح عنه رَدَّ حِصَّتَهُ مِنَ الْعَوَضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ الْجَمِيعُ رَدَّ الْجَمِيعِ) لأنه مبادلة كالبيع وحكم البيع كذلك (وإن استحق كل المصالح عليه رجع بكل المصالح عنه وفي البعض بحصته) لأنه مبادلة لما مر . قال (والصلح عن سكوت أو إنكار معاوضة في حق المدعى) لأن من زعمه أنه يأخذ عوضا عن ماله وأنه محق في دعواه (وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين)

وَأَن اسْتَحِقَّ فِيهِ الْمَصَالِحُ عَلَيْهِ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى فِي كُلِّهِ وَفِي الْبَعْضِ يَقْدَرُهُ ، وَإِن اسْتَحِقَّ الْمَصَالِحُ عَنْهُ رَدَّ الْعَوَضَ ، وَإِن اسْتَحِقَّ بَعْضُهُ رَدَّ حَصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ ، وَهَلَاكُ الْبَدَلِ كَاسْتِحْقَاقِهِ فِي الْفَصْلَيْنِ ، وَيَجُوزُ الصَّلْحُ عَنْ مَجْهُولٍ (ف) ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى مَعْلُومٍ ، وَيَجُوزُ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ ،

لأن من زعمه أن لاحقاً عليه وأن المدعى مبطل في دعواه ، وإنما دفع المال لثلاث يحلف ولتنقطع الخصومة (وإن استحق فيه المصالح عليه رجوع إلى الدعوى في كله وفي البعض بقدره) لأنه ما ترك الدعوى إلا ليسلم له المصالح عليه ، فإذا لم يسلم له رجوع إلى دعواه لأنه البديل (وإن استحق المصالح عنه ردّ العوض) ورجوع بالخصومة (وإن استحق بعضه ردّ حصته ورجوع بالخصومة فيه) لأن المدعى عليه إنما بذل العوض ليدفع الخصومة عنه ، فإذا استحق الدار ظهر أن لاختصاصه فبطل غرضه فيرجع بالعوض ، وفي البعض خلا المعوض عن بعض العوض فيرجع بقدره (وهلاك البديل) قبل التسليم (كاستحقاقه في الفصلين) قال (ويجوز الصلح عن مجهول) لأنه إسقاط (ولا يجوز إلا على معلوم) لأنه تمليك فيؤدّي إلى المنازعة .

والصلح على أربعة أوجه : معلوم على معلوم . ومجهول على معلوم وهما : ائثران ، وقد مرّ الوجه فيهما . ومجهول على مجهول . ومعلوم على مجهول وهما : فاسدان . فالخاص أن كل ما يحتاج إلى قبضه لابد أن يكون معلوماً لأن جهالته تفضي إلى المنازعة ، وما لا يحتاج إلى قبضه يكون إسقاطاً ولا يحتاج إلى علمه به لأنه لا يفضي إلى المنازعة ، ولو ادعى حقاً في دار لرجل ولم يسمه وادعى المدعى عليه حقاً في أرضه فاصطاحا على أن يدفع أحدهما مالا إلى الآخر لا يجوز ؛ وإن اصطاحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز ، لأنه لا يحتاج إلى التسليم وفي الأولى يحتاج إليه ، ولو ادعى داراً فصالحه على قدر معلوم منها جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقي ، والبراءة عن العين وإن لم تصح لكن البراءة عن الدعوى تصح ، فصالحناه على هذا الوجه قطعاً للمنازعة . قال (ويجوز) الصلح (عن جنابة العمد والخطأ) في النفس وما دونها لإطلاق النصوص ولقوله تعالى - فن عني له من أخيه شيء - نزلت عقيب ذكر القصاص ، ومعناه : فن عني له من دم أخيه شيء : أي ترك القصاص ورضي بالمسال ، يدل عليه قوله تعالى - فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان - أي يتبع الطالب المطلوب بما صالحه عليه أو بالدية ولا يطلب أكثر من حقه ، ويؤدّي المطلوب إلى الطالب ما وجب عليه من المال من غير ملاحظة ، مروى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما وغيره ، وهذا في العمد . وأما الخطأ فلأن الواجب هو

وَلَا يَجُوزُ عَنِ الْحُدُودِ ، وَلَوْ ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَجَحَدَتْ ثُمَّ صَاحَتْهُ
عَلَى مَالٍ لِيَتْرَكَ الدَّعْوَى جازَ ، وَلَوْ صَاحَتْهَا عَلَى مَالٍ لِيَتَّقِرَ لَهُ بِالنِّكَاحِ جازَ ،
وَلَوْ ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ فَصَاحَتْهَا جازَ ،

المال فأشبهه سائر الديون ، إلا أنه لو صالح في العمد على أكثر من الدية جاز ، لأن الواجب
القصاص وليس بمال ، وفي الخطأ لو صالح على أكثر من الدية لا يجوز لأن الواجب المال
فالزيادة ربا ، وهذا إذا صالحه على نوع من أنواع الدية . أما إذا صالحه على نوع آخر
كالخطة والشعير ونحوهما فانه يجوز بالغة ما بلغت لأنها من خلاف الواجب فلا ربا ،
وكل ما يصلح مهرا في النكاح يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ، ومالا فلا ، لأن كل
واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، فان صالحه على خمر أو خنزير سقط القصاص ولا
يجب شيء لأن المال ليس من ضرورات الصلح فلغا ذكر العوض فيبقى عفو ، وفي الخطأ
تجب الدية لأنه الموجب الأصلي فتى فسد العوض رجع إليه كما في النكاح متى فسد المسمى
يرجع إلى مهر المثل لأنه موجب أصلي لا ينفك عنه النكاح إلا بتسمية غيره ، فاذا عدمت
التسمية أو فسدت رجع إليه ، ولا كذلك العمد ؛ ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم
آخر جاز كالخلع ، ولو قطعت يده فصاحته على أن يتزوجها وقد برأت يده جاز ، لأنه
صالحها على أرش وجب له عليها وسقط الأرش ، وإن مات منها لها مهر مثلها وعليها الدية
في ثلاث سنين ، لأنه ظهر أن حقه في القتل فلم تصح التسمية ، ولو استحق العبد المصالح
عليه رجع بقيمته في العمد وبالدية في الخطأ وقد عرف وجهه ، ولو وجد عيبا يسيرا رده
في الخطأ ولا يرد في العمد إلا بالفاحش فيرده ، ويأخذ قيمته ، لأن الصلح في الخطأ
يحتمل الفسخ لوقوعه عن مال ، وفي العمد لا يمتثل الفسخ لأنه عن القصاص وقد سقط
فلا سبيل إلى استرداده فيرجع بقيمة العوض كالنكاح والخلع . قال (ولا يجوز عن
الحدود) لأنها حق الله تعالى والمغلب في حد القذف حق الشرع عندنا ، ولا يجوز
الاعتياض عن حق الغير ، ولهذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى الطريق العام كالظلة والروشن
ونحوهما لأنه حق العامة ، ولا يملك الاعتياض عن نصيبه لأنه غير متفع به ، ولو صالحه
الإمام في الظلة ونحوها جاز إذا رأى ذلك مصلحة للمسلمين ويضع بدله في بيت المال
كما إذا باع شيئا من بيت المال . قال (ولو ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَجَحَدَتْ ثُمَّ صَاحَتْهُ عَلَى
مَالٍ لِيَتْرَكَ الدَّعْوَى جاز) لأنه أمكن تصحيحه على وجه الخلع ويكون في حقها لدفع
الخصومة ، ويحرم عليه ديانة إذا كان مبطلا (ولو صالحها على مال لتقر له بالنكاح جاز)
ويجعل زيادة في المهر لأنها تزعم أنها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم أنه زاد
في مهرها (ولو ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ فَصَاحَتْهَا) على مال (جاز) وقيل لا يجوز ، وجه الجواز

وإن ادّعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز ولا ولاء عليه
عبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو مؤسر فصالحه الآخر على أكثر
من نصف قيمته لم يجز ، ويجوز سلع الماعى المنكر على مال ليقر له
بالعين ؛ والفضولى إن صالح على مال وضمنه أو سلمه أو قال : على
ألى هذه صح ؛ وإن قال : على ألف لفلان يتوقف على إجازة المصالح
عنه ؛ والصالح عما استحق بعقد المدبنة أخذ لبعض حقه وإسقاط
للألى وليس معاوضة ؛

جعله زيادة فى المهر ، ووجه عدم الجواز وهو الأصح أنه إنما أعطاها المال لترك
الدعوى ، فإن تركها وكان فرقة فهو لا يعطى فى الفرقة البدل ، وإن لم ترك الدعوى
فما حصل له غرضه فلا يصح . قال (وإن ادّعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز
ولا ولاء عليه) لأنه أمكن تصحيحه بجعله فى حق المدعى كالعق على مال ، وفى حق
المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فلهذا لم يكن عليه ولاء لإنكاره ،
فإن أقام المدعى بينة بعد ذلك أنه عبده لم تقبل ، لأن من زعمه أنه أعتقه على مال ، وأن
العبد اشترى نفسه بهذا المال ، لكن ثبت الولاء عملاً بالبينة . قال (عبد بين رجلين أعتقه
أحدهما وهو مؤسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته لم يجز) الفضل لأن القيمة
منصوص عليه ، قال صلى الله عليه وسلم « قوم عليه باقيه » فلا تجوز الزيادة عليه ، ولو
صالحه على عوض جاز لعدم الجنسية فلا ربا . قال (ويجوز صلح المدعى المنكر على مال
ليقر له بالعين) وصورته : رجل ادّعى على رجل عينا فى يده فأنكره فصالحه على مال
ليعترف له بالعين فانه يجوز ويكون فى حق المنكر كالبيع ، وفى حق المدعى كالزيادة
فى الثمن . قال (والفضولى إن صالح على مال وضمنه أو سلمه ، أو قال : على ألى هذه
صح) ولزمه تسليم المال ، ولا يرجع على المدعى عليه بشيء لأنه تبرع ، وإنما صح
الصالح لأنه أضافه إلى نفسه أو إلى ماله . والحاصل للمدعى عليه البراءة ، ولا ضرر عليه
فى ذلك فيصح ، وصار كالكفالة بغير أمر المديون (وإن قال : على ألف لفلان يتوقف
على إجازة المصالح عنه) إن أجاز له جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل كالمخلع والنكاح
وغيرهما من تصرفات الفضولى ، ولو قال : صالحتك على ألف وسكت قبل ينفذ ويجب
عليه لأنه أضاف العقد إلى نفسه كقوله اشترت ؛ وقيل يتوقف على إجازة المدعى عليه لأن
الإضافة لم تتحقق إليه ، لأن الفعل كما يقع لنفسه يقع لغيره ، وإنما يعتبر واقعا له إذا كان
له فيه منفعة ، ولا منفعة له هنا وإنما المنفعة للمدعى عليه فاعتبر واقعا له ، بخلاف قوله
صالحنى ، لأن الباء كناية عن المفعول فقد جعل نفسه مفعول الصلح فيقع له . قال (والصلح
عما استحق بعقد المدانة أخذ لبعض حقه وإسقاط للألى وليس معاوضة) لأننا لو اعتبرناه

فَإِنْ صَلَحَهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ بِخَمْسِمِائَةٍ ، أَوْ عَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ بِخَمْسِمِائَةٍ زُبُوفٍ ، أَوْ عَنْ حَالَةٍ بِمِثْلِهَا مُوَجَّلَةٌ جَازٌ ، وَلَوْ صَلَحَهُ عَلَى دَنَانِيرٍ مُوَجَّلَةٍ لَمْ يَجُزْ ، وَلَوْ صَلَحَهُ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ بِخَمْسِمِائَةٍ بَيْضٍ لَا يَجُوزُ ، وَلَوْ قَالَ لَهُ : أَدِّ إِلَى غَدَا خَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ ، فَلَمْ يُوَدِّهَا إِلَيْهِ فَالْأَلْفُ بِحَالِهَا (س) .

معاوضة يكون ربا ، وتصحيح تصرفه واجب ما أمكن ، وقد أمكن بما ذكرناه من الطريق فيصار إليه (فإن صلحه على ألف درهم بخمسمائة ، أو عن ألف جياذ بخمسمائة زبوف ، أو عن حالة بمثلها مؤجلة جاز) ففي الأولى أسقط بعض حقه ، وفي الثانية بعضه والصفة ، وفي الثالثة تعذر جعله معاوضة النقد بالنسيئة لحرمة فحملناه على تأجيل نفس الحق وكل ذلك حقه فله إسقاطه (ولو صلحه على دنانير مؤجلة لم يجز) لأنه يبيع الدراهم بالدنانير نسيئة ، وإنه لا يجوز لأنها ليست من جنس الحق المستحق ليكون إسقاطا لبعضه وتأجيلا لبعضه فتعين ما ذكرناه ؛ ولو صلحه على ألف مؤجلة بخمسمائة حالة لم يجز لأنه اعتياض عن الأجل ، ولا يجوز لأن المعجلة خير من المؤجلة ، فيكون التعجيل بازاء ما حط عنه فلا يصح . قال (ولو صلحه عن ألف سود بخمسمائة بيض لا يجوز) لأن البيض غير مستحقة فيكون معاوضة وإنه لا يجوز (ولو قال له : أدِّ إلى غدا خمسمائة على أنك برىء من خمسمائة فلم يؤدها إليه فالألف بحالها) وقال أبو يوسف : سقط خمسمائة ، وأجمعوا أنه لو أدَّى خمسمائة غدا برىء ، لأبى يوسف أنه إبراء مطلق لأنه جعل الأداء عوضا عن الإبراء نظرا إلى كلمة على ، والأداء لا يصلح أن يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه . ولهما أنه إبراء مقيد بشرط الأداء ، وأنه غرض صالح حذرا من إفلاسه أو ليتوسل بها إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة أو قضاء دين أو دفع حبس ، فإذا فات الشرط بطل الإبراء ، وكلمة على تحتل الشرط فيحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف . ولو قال : أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا صح الإبراء أعطى الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه أطلق الإبراء ووقع الشك في تعليقه بالشرط فلا يتقيد ، بخلاف المسألة الأولى لأنه من حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك . ولو قال : أدِّ إلى خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يوقت فهو إبراء مطلق ، لأن الأداء واجب عليه في جميع الأوقات فلم يصلح عوضا فلم يتقيد . ولو قال : صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلى غدا وأنت برىء من الباقي على أنك إن لم تدفعها غدا فالألف عليك فهو كما قال لأنه صرح بالتقيد . ولو

وَلَوْ صَالَحَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَنْ نَصِيْبِهِ بِثَوْبٍ ، فَشَرِيْكُهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ الثَّوْبِ إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ رُبْعَ الدِّينَرِ ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَدْيُونُ بِنِصْفِهِ ، وَلَا يَجُوزُ صَلَاحُ أَحَدِهِمَا فِي السَّلَمِ عَلَى أَخْذِ نَصِيْبِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ صَالَحَ الْوَرَثَةُ بَعْضُهُمْ عَنْ نَصِيْبِهِ بِمَالٍ أَعْطَوْهُ ، وَالتَّرِكَةُ عَرُوضٌ جَازٌ قَلِيْلًا أَعْطَوْهُ أَوْ كَثِيْرًا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ أَحَدُ النَّقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ خِلَافَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ مِنْهُمَا ، وَلَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ وَعَرُوضًا

والغلة مجهولة غير مقدورة التسليم ، لأنها لايجب إلا بعد الإجارة والعمل . قال (ولو صالح أحد الشريكين عن نصيبه بثوب فشريكه إن شاء أخذ منه نصف الثوب) لأن له حق المشاركة لأنه عوض عن دينه ، فإذا اختار ذلك فقد أجاز فعل الشريك (إلا أن يعطيه ربع الدين) لأنه حقه في الدين لافي الثوب (وإن شاء اتبع المديون بنصفه) لبقاء حصته في ذمته ، لأنه لم يأذن له بالدفع إلى غيره ، والدين المشترك كالمرورث وقيمة عين مستهلكة بينهما وثمان مبيع ونحوه . قال (ولا يجوز صلح أحدهما في السلم على أخذ نصيبه من رأس المال) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويتوقف على إجازة شريكه ، فإن رد بطل أصلا وبقي المسلم فيه بينهما على حاله وإن أجاز نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقى الطعام بينهما ، لأنه فسمة الدين قبل قبضه فلا يجوز ، كما إذا كان لهما على رجل دراهم وعلى آخر دنانير ، فتصالحا على أن لهذا الدراهم ولهذا الدنانير فإنه لايصح . وبيان كونه قسمة أنه يمتاز أحد النصيبين عن الآخر ولأنه فسخ على شريكه عقده ، فلايجوز لأن العقد صدر منهما ، ولهذا يرجع عليه بنصف رأس المال إذا توى الباقي على المطلوب . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز الصلح وله نصف رأس المال ، وصاحبه إن شاء شاركه فيما قبض وإن شاء اتبع المطلوب بنصفه ، إلا إذا توى عليه فيرجع على شريكه ، له الاعتبار بسائر الديون ، وبما إذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه . قال (وإن صالح الورثة بعضهم عن نصيبه بمال أعطوه والتركة عروض جاز قليلا أعطوه أو كثيرا) لما بينا أنه في معنى البيع ، وعثمان رضي الله عنه صالح تناصر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع الثمن وكان له أربع نسوة على ثمانين ألف دينار بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبر . قال (وكذلك إن كانت أحد النقدين فأعطوه خلافه) لأن بيع الجنس بخلافه جائز (وكذلك لو كانت نقدين فأعطوه منهما) ويصرف كل واحد منهما إلى خلاف جنسه ، وقد مر في البيوع ؛ ثم إن كان في يده شيء من التركة ، إن كان مقررا به يكون أمانة ، فلا بد من تجديد القبض فيه لأنه أضعف من قبض الصلح فلا ينوب عنه ، وإن كان جاحدا له صار مضمونا عليه فينوب عن قبض الصلح (ولو كانت نقدين وعروضا

فَصَالِحُوهُ عَلَى أَحَدِ النَّقْدَيْنِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، وَلَوْ كَانَ بَدَلُ الصَّلْحِ عَرْضًا جَازَ مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دُيُونٌ فَأَخْرَجُوهُ مِنْهَا عَلَى أَنْ تَكُونَ لَهُمْ لَا يَجُوزُ ، وَإِنْ شَرَطُوا بَرَاءَةَ الْغُرْمَاءِ جَازَ .

كتاب الشركة

فصالحوه على أحد النقدين ، فلا بدَّ أن يكون أكثر من نصيبه من ذلك الجنس (ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة تحرزًا عن الربا) (ولو كان بدل الصلح عرضًا جاز مطلقًا) لعدم تحقق الربا ، وكل موضع يقابل فيه أحد النقدين بالآخر يشترط القبض بالجلس لأنه صرف . قال (وإن كان في التركة ديون فأخرجوه منها على أن تكون لهم لا يجوز) لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين (وإن شرطوا براءة الغرماء جاز) لأنه إسقاط أو تمليك الدين ممن هو عليه وإنه جائز ، وإن كان على الميت دين لا يصالحون ولا يقسمون حتى يقضوا دينه لتقدم حاجته ، ولقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وإن قسموها ، فإن كان الدين مستغرقًا للتركة بطلت لأنه لا ملك لهم فيها ، وإن كان غير مستغرق جاز استحسانًا لا قياسًا ، والله سبحانه أعلم .

كتاب الشركة

الشرك : النصيب ، قال صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له في عبد » أى نصيبا . قال النابغة الجعدي :

وشاركنا قريشا في تقاها وفي أحسابها شرك العنان

أى أخذنا نصيبا من التقى والحسب مثل نصيب قريش منهما ، كشركة العنان لكل واحد نصيب من المال والكسب ، وسمى الشريكان لأن كل واحد منهما شركا في المال : أى نصيبا . وهى في الشرع : الخلطة وثبوت الحصة ، وهى مشروعة بالنصوص ، قال عليه الصلاة والسلام « يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » وقال عليه الصلاة والسلام « الشريكان الله ثالثهما ما لم يخونا ، فإذا خاننا حجت البركة بينهما » وكان قيس بن السائب شريك رسول الله صلى الله عليه وسلم في تجارة البز والأدم . وذكر الكرخى أسامة بن شريك ، وقال عليه الصلاة والسلام في صفته « كان شريكى وكان خير شريك لا يشارى ولا يمارى ولا يدارى » أى لا يلح ولا يجادل ولا يدافع عن الحق ، وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونها

الشَّرِكَةُ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ مِلْكٍ ، وَشَرِكَةُ عَقْدٍ . فَشَرِكَةُ الْمَلِكِ نَوْعَانِ : جَبَرِيَّةٌ ، وَاخْتِيَارِيَّةٌ . وَشَرِكَةُ الْعُقُودِ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ فِي الْمَالِ ، وَشَرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ . فَالشَّرِكَةُ فِي الْأَمْوَالِ أَنْوَاعٌ : مُفَاوِضَةٌ ، وَعَيْنَانِ ، وَوَجُوهٌ ، وَشَرِكَةُ فِي الْعُرُوضِ . وَالشَّرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ نَوْعَانِ : جَائِزَةٌ وَهِيَ شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ ، وَفَاسِدَةٌ وَهِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْمُبَاهَاتِ . أَمَّا الْمُفَاوِضَةُ فَهِيَ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي التَّصَرُّفِ وَالذِّينِ (س) وَالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ .

فلم ينكر عليهم وتعاملوا بها إلى يومنا هذا من غير نكير فكان إجماعا . قال (الشركة نوعان : شركة ملك ، وشركة عقد . فشركة الملك نوعان : جبرية ، واختيارية . وشركة العقود نوعان : شركة في المال ، وشركة في الأعمال . فالشركة في الأموال أنواع : مفاوضة ، وعنان ، ووجوه ، وشركة في العروض . والشركة في الأعمال نوعان : جائزة وهي شركة الصنائع ، وفاسدة وهي الشركة في المباحات) وسيأتيك بيان ذلك إن شاء الله تعالى . أما شركة الأملاك ، أما الجبرية بأن يختلط مالان لرجلين اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما أو يرثان مالا . والاختيارية أن يشتريا عينا أو يتها أو يوصى لهما فيقبلان أو يستوليا على مال أو يخطئا مالهما ، وفي جميع ذلك كل واحد منهما أجنبي في نصيب الآخر لا يتصرف فيه إلا بأذنه لعدم إذنه له فيه ، ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع الوجوه ، وأما من غيره فما ثبتت الشركة فيه بالخلط أو الاختلاط لا يجوز إلا بأذن شريكه ، لأن الخلط استهلاك معنى فأورث شبهة زوال ملك نصيب كل واحد منهما إلى صاحبه ، وفيما ثبت بالميراث والبيع والهبة والوصية يجوز بيع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير إذن صاحبه ، لأن ملك كل واحد منهما قائم في نصيبه من كل وجه . وأما شركة العقود فركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول : شاركك في كذا وكذا فيقول الآخر : قبلت . وشرطها أن يكون التصرف المعقود عليه قابلا للوكالة حتى لا يجوز على الاحتطاب وأشباهه ليكون الحاصل بالتصرف مشتركا بينهما إذ هو المطلوب من عقد الشركة (أما المفاوضة فهو أن يتساويا في التصرف والدين والمال الذي تصح فيه الشركة) لأنها في اللغة تقتضي المساواة ، يقال : فاوض يفاوض : أى ساوى يساوى ، فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فيما ذكرناه . أما المال فلائته الأصل في الشركة ومنه يكون الربح . وأما التصرف فلائته متى تصرف أحدهما تصرفا لا يقتدر الآخر عليه فانت المساواة ، وكذا في الدين لأن الذى يملك من التصرف في بيع الخمر والخنزير وشرائهما ما لا يملكه المسلم فلا مساواة بينهما ، فلهذا قلنا : لا يصح بينهما مفاوضة . وقال أبو يوسف رحمه الله : تنعقد المفاوضة بينهما ، لأن ما يملكه الذى من بيع الخمر والخنزير يملكه المسلم بالتوكيل فتتحقق المساواة ، قلنا الذى يملك ذلك بنفسه

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بَيْنَ الْحَرِّينِ الْبَالِغِينَ الْعَاقِلِينَ الْمُسْلِمِينَ أَوِ الذَّتِّيَّينِ ، وَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ الْمَفَاوِضَةِ ، أَوْ تَبْيِينَ جَمِيعِ مُقْتَضَاهَا ، وَلَا يَشْتَرِطُ تَسْلِيمُ الْمَالِ وَلَا خَلْطُهُمَا ، وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ ، فَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الشَّرَكَةِ إِلَّا طَعَامَ أَهْلِهِ وَإِدَامَتَهُمْ وَكِسْوَتَهُمْ وَكِسْوَتَهُ ، وَلِلْبَائِعِ مَطَالَبَةُ أَيُّمَا شَاءَ بِالْثَمَنِ ،

وبناؤه ، ولا كذلك المسلم فانتفت المساواة ، فاذا عقدا المفاوضة صارت عنانا عندهما لقوات شرط المفاوضة ووجود شرط العنان ، وكذلك كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا أمكن تصحيحا لتصرفهما بقدر الإمكان . قال (ولا تصح إلا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين أو الذميين) وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا لتساويهما في التصرف ولا تصح بين العبد والحر ، ولا بين الصبي والبالغ للتفاوت بينهما ، فان الحر والبالغ يملكان الكفالة والتبرعات ، ولا كذلك الصبي والعبد ، أو يملكانها باذن الولى والمولى ، ولا تصح بين العبدین ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين ، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الكفالة وأنها تنعقد على الكفالة على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والأصل في جوازها قوله صلى الله عليه وسلم « فافوضوا فانه أعظم للبركة » ولأنها تشتمل على الوكالة والكفالة والشركة في الربح وكل واحد منها جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع . قال (ولا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة) لأن العوام قلما يعلمون شرائطها ، وهذه اللفظة تتضمن شرائطها ومعناها (أو تبين جميع مقتضاها) لأن العبرة للمعاني . قال (ولا يشترط تسليم المال) لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود . قال (ولا خلطهما) لأن المقصود الخلط في المشتري ، وكل واحد منهما يشتري بما في يده بخلاف المضاربة ، لأنه لا بد من التسليم ليتمكن من الشراء ، ويشترط حضوره عند العقد أو عند المشتري ، لأن الشركة تتم بالشراء لأن الربح به يحصل . قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) لأن المساواة بذلك تتحقق ، وهو أن يكون كل واحد منهما مطالبا بما طوّل به صاحبه بالتجارة وهو الكفالة ، وأن يكون الحاصل في التجارة بفعل أيهما كان مشتركا بينهما وهى الوكالة ، فكان معنى المفاوضة وهو المساواة يقتضى الكفالة والوكالة ، فكان كل واحد منهما فوض إلى الآخر أمر الشركة على الإطلاق ورضى بفعله ، وذلك يقتضى الوكالة والكفالة أيضا . قال (فما يشتريه كل واحد منهما على الشركة) عملا بعقد المفاوضة (إلا طعام أهله وإدامتهم وكسوتهم وكسوته) والقياس أن يكون على الشركة بمقتضى العقد ، إلا أنا استحسنا ذلك للضرورة ، فان الطعام والكسوة من اللوازم ، ولا يمكن إيجادها من مال غيره فيجب في ماله ضرورة . قال (وللبائع مطالبة أيهما شاء بالثمن) بمقتضى الكفالة ثم يرجع الكفيل على المشتري بنصف

وَأَنْ تَكْفُلَ بِمَالٍ عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ صَاحِبَهُ (سم) ، فَإِنْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا مَا تَصِيحُ فِيهِ الشَّرِكَةُ صَارَتْ عِنَانًا ، وَكَذَا فِي كُلِّ مَوْضِعٍ فَسَدَتْ فِيهِ الْمُفَاوَظَةُ لِفَوَاتِ شَرْطٍ لَا يَشْتَرِطُ فِي الْعِنَانِ ، وَلَا تَنْعَقِدُ الْمُفَاوَظَةُ وَالْعِنَانُ إِلَّا بِالذَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ وَتَبَرَّيْهُمَا إِنْ جَرَى التَّعَامُلُ بِهِ وَبِالْفُلُوسِ الرَّائِجَةِ ،

ما أدى لأنه كفيل أدى عنه بأمره . قال (وإن تكفل بمال عن أجنبي لزم صاحبه) وقالوا : لا يلزمه لأنه تبرع حتى لا يصح من الصبي والمأذون وصار كالإقراض ، وله أنه تبرع ابتداء لما ذكر معاوضة انتهاء لأنه يجب له الضمان على المكفول عنه حتى لو كفل عنه بغير أمره لا يلزم شريكه ، وبالنظر إلى المعاوضة يلزم شريكه والإقراض ممنوع أو يقول هو إعاره ، ولهذا لا يصح فيه التأجيل ، وللمردود في الإعارة حكم العين لاحكم البدل ، فلم توجد المعاوضة وضمان الغصب والاستهلاك كال كفالة لأنه معاوضة انتهاء ، وكذا ما يلزم أحدهما من الديون بسبب تصح في الشركة كالبيع والإجارة ونحوهما يلزم شريكه ، وما لزم بسبب لا تصح فيه الشركة لا يلزم كالنكاح وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحوه . قال (فإن ملك أحدهما ما تصح فيه الشركة صارت عنانا) لزوال المساواة ، وذلك مثل الإرث والوصية والانتهاج والمساواة في العنان ليست بشرط فتصير عنانا لوجود شرائطها (وكذا في كل موضع فسدت فيه المعاوضة لفوات شرط لا يشترط في العنان) فتصير عنانا وإن ملك شيئا لا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض ، فالمعاوضة بحالها لأن ذلك لا يبطئها في الابتداء فكذا حالة البقاء . قال (ولا تنعقد المعاوضة والعنان إلا بالدرهم والذنانير وتبريها إن جرى التعامل به وبالفلوس الرائجة) أما الدرهم والذنانير فلأنهما ثمن الأشياء خلقه ووضعوا لاختلاف في ذلك . وأما التبر فقبيل يجوز مطلقا لأن الذهب والفضة خلقا ثمينين ؛ وقيل لا يجوز إلا بالتعامل وهو الأصح لأنهما وإن خلقا للثمنية لكن بوصف الضرب حتى لا ينصرف الاسم عند الإطلاق إلى التبر ، وإنما ينصرف إلى المضروب ، إلا أنا أجرينا التعامل مجرى الضرب عملا بالعرف فألحقناه بهما عند التعامل ؛ وإن كان لأحدهما دراهم وللآخر ذنانير ، أو لأحدهما سود وللآخر ببيض جازت المعاوضة إن استوت قيمتهما ، لأنه جنس واحد من حيث الثمنية ، وإن تفاضلا في القيمة لا تصح معاوضة وتصير عنانا لما تقدم . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يجوز وإن استويا في القيمة ، وهو قول زفر ، لأن الشركة تنهى عن الخلطة ، ولا اختلاط مع اختلاف الجنس . وجوابه أنها جنس واحد من حيث الثمنية نظرا إلى المقصود على ما بينا . وأما الفلوس فلأنها إذا راجت التحقت بالأثمان . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أنه لا يجوز لأن ثمنيتها تعين بالاصطلاح ومحمد

وَلَا تَصِحُّ بِالْعَرُوضِ (ف) إِلَّا أَنْ يَبِيعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عَرُوضِهِ بِنِصْفِ عَرُوضِ الْآخَرِ إِذَا كَانَتْ قِيمَتَاهُمَا عَلَى السَّوَاءِ ، ثُمَّ يَعْقِدَانِ الشَّرِكَةَ وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ تَصِحُّ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي الْمَالِ ، وَتَصِحُّ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي الْمَالِ وَالتَّسَاوَى فِي الرَّبْحِ إِذَا عَمِلَا أَوْ شَرَطَا زِيَادَةَ الرَّبْحِ لِلْعَامِلِ ،

مرّ على أصله في ثمنيتها حتى لا تتعين بالتعيين حالة النفاق والرواج. قال (ولا تصحّ بالعروض) لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن ، لأنه لا بد من بيعها ، فإذا باع أحدهما عروضه بألف وباع الآخر عروضه بألف وخمسمائة ومقتضى العقد الشركة في الكل ، فإذا يأخذه صاحب الألف زيادة على الألف ربح مالم يضمن ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن . قال (إلا أن يبيع أحدهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر إذا كانت قيمتهما على السواء) فتعقد شركة أملاك (ثم يعقدان الشركة) على قيمتها وهذه شركة العروض ؛ وإن اشتركا على أن يبيع كل واحد منهما عروضه ويكون ثمنه بينهما لايحوز لما تقدّم . وتصحّ الشركة بالملك والموزون والمعلود المتفاوت إذا خلطا واتحد الجلس ، وماربحا لهما والوضيعة عليهما . وذكر الكرخي أن عند أبي يوسف رحمه الله : هي شركة أملاك لأنها ليست بأثمان فلا يصحّ التفاضل في الربح . وعند محمد : تصحّ شركة عقد بالخلط لأنها تصلح ثمنا لوجوبها دينا في الذمة ، إلا أن قبل الخلط لا تتحقق الوكالة ، فإنه لو قال له : اشتر بخططك شيئا على أن يكون بيننا لايصحّ ؛ لأن توكيل الغير ببيع ملك نفسه لايحوز ، وبعد الخلط تتحقق الوكالة فصحت الشركة . قال (وشركة العنان تصحّ مع التفاضل في المال) إلا أنها لا تقتضى المساواة فيحوز أن يشتركا في عموم التجارات وفي خصوصها ويبيع مالها لأنها تنبئ عن الحبس ، يقال : عن الرجل إذا حبس ، والعنان محبوس عن النساء ، والعنان يحبس الدابة عن بعض الإطلاق ، فكان شريك العنان حبس بعض ماله عن الشركة ، أو حبس شريكه عن بعض التجارات في ماله ، وتعتبر قيمة رأس المالين المختلفين يوم الشركة ، لأنه إنما يستحقّ زيادة الربح بالشرط يوم الشركة ، ويعتبر قيمتهما يوم الشراء ليعرف مقدار ملكهما في المشتري ، لأن حقهما ينتقل إلى المشتري بالشراء ، ويعتبر قيمتهما يوم القسمة أيضا ، لأن عند القسمة يظهر الربح . قال (وتصحّ مع التفاضل في المال والتساوى في الربح إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل) وقال زفر : لا تصحّ المساواة في المال والتفاوت في الربح ولا على العكس ، ولا يحوز إلا أن يكون الربح على قدر رأس المال ، لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن كالمفاوضة ، ولأنه لايحوز اشتراط الوضيعة هكذا فكذا الربح . ولنا قول على رضي الله عنه : الربح على ما اشترط المتعاقدان ، والوضيعة على المال . ولأن الربح كما يستحقّ بالمال يستحقّ بالعمل

وإذا تساوى في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضيعة فالربح على ما شرط والوضيعة على قدر المالكين ، وتنقيد على الوكالة ، ولا تنقيد على الكفالة ولا تصيح فيما لا تصيح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش ، وما جمعه كل واحد منهما فهو له ، فإن أعانه الآخر فله أجر مثله ، وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة . وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرط ، ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن ، وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة ،

كالمضارب ، فإن أحدهما قد يكون أعرف بأمر التجارات وأهدى إلى البياعات فلا يرضى بالمساواة (وإذا تساوى في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضيعة ، فالربح على ما شرط والوضيعة على قدر المالكين) قال صلى الله عليه وسلم « الربح على ما شرط والوضيعة على قدر المالكين » من غير فصل ، ولأننا جوزنا اشتراط زيادة الربح بمقابلة العمل تقديرا . أما زيادة الوضیعة فلا وجه لها ، وصار كما إذا شرط الوضیعة على المضارب فانه لا يصح كذلك هنا . قال (وتنقيد على الوكالة) لما مر (ولا تنقيد على الكفالة) لأنها إنما ثبتت في المفاوضة قضية للمساواة ولا مساواة هنا . قال (ولا تصح فيما لا تصح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش) لأن الوكالة في ذلك باطلة لأنها مباحة ، لأن الآخذ يملكه بدون التوكيل فيكون فاعلا لنفسه ، ومن ذلك اجتناء الثمار من الجبال والاصطياد وحفر المعادن وأخذ الملح والحصص والكحل وغيرها من المباحات (وما جمعه كل واحد منهما فهو له) دون صاحبه لأنه مباح سبقت يده عليه (فإن أعانه الآخر فله أجر مثله) بالغ ما بلغ لأن الشركة متى فسدت صارت إجارة فاسدة ، ولو استأجره في ذلك بنصف المجموع كان له أجر المثل بالغ ما بلغ كذلك هنا . وقال أبو يوسف : له أجر مثله لا يجاوز به نصف الثمن تحقيقا للفائدة ، وهذه الشركة فاسدة . قال (وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة) أما إذا هلكا فلأن المعقود عليه المال وأنه يتعين فيها كاهبة والوصية وقد هلك فيبطل العقد كالبيع ، وأما إذا هلك أحدهما فلأن الآخر ما رضى بشركة في ماله إلا ليشركه في ماله أيضا ، وقد فانت الشركة في الهالك فيفوت الرضى فيبطل العقد . قال (وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرط) لانقضاء الشركة وقت الشراء (ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن) لأنه اشترى له بالوكالة ونقد الثمن من ماله فيرجع عليه لما مر (وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة) لأن الوكالة بطلت بهلاك أحد المالكين كما تقدم فيكون

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ مُسَمَّاةٍ مِنَ الرِّبْحِ ؛ وَلِشَرِيكِ
الْعِنَانِ وَالْمُفَاوِضِ أَنْ يُوَكَّلَ وَيُبْذَعَ وَيُضَارَبَ وَيُودَعَ وَيَسْتَأْجَرَ عَلَى
الْعَمَلِ ، وَهُوَ أَمِينٌ فِي الْمَالِ . وَشَرِكَةُ الصَّنَائِعِ : أَنْ يَشْتَرِكَ صَانِعَانِ اتَّفَقَا
فِي الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتَلَفَا عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ وَيَكُونُ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا فَيَجُوزُ ،
وَمَا يَتَقَبَّلُهُ أَحَدُهُمَا يَلْزَمُهُمَا ، فَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْعَمَلِ وَيُطَالَبُ
بِالْأَجْرِ .

مشتريا لنفسه خاصة ، وإن كانا نصا على الوكالة في عقد الشركة كان المشتري بينهما على
ما شرطا وتكون شركة أملاك ، لأن الشركة بطلت لما بيننا ، والمشتري بحكم الوكالة المصرح
بها لا يحكم الشركة المعقودة فكانت شركة أملاك ، ويرجع عليه بحصته من الثمن لما مر .
قال (ولا يجوز أن يشترط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه قدي لا يربح ما سمي أو يربح
ذلك لا غير فتبطل الشركة فكان شرطا مبطلا للشركة فلا يجوز . قال (ولشريك العنان
والمفاوض أن يوكل ويضع ويضارب ويودع ويستأجر على العمل) لأن كل ذلك من
أفعال التجار (وهو أمين في المال) لأنه قبضه من المالك باذنه وليس له أن يشارك ، لأن
الشيء لا يستتبع مثله ، فلو شارك المفاوض عانا جاز عليهما لأنه دون المفاوضة ، ولو
فاوضه جاز بإذن شريكه ، فإن لم يأذن ينعقد عانا لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فإذا أجاز
المفاوضة كانت شركة مبتدأة وإلا فهي عنان لأنه لا بد له من الاستعانة بغيره وهذا دونه
فيجوز كالمضارب له أن يوكل وليس له أن يضارب . قال (وشركة الصنائع) وتسمى
شركة التقبل ، وهي (أن يشترك صانعان اتفاقا في الصنعة أو اختلافا على أن يتقبلا الأعمال
ويكون الكسب بينهما فيجوز) وقال زفر : لا يجوز مع اختلاف العمل لأن الشركة تنبئ
عن الخلطة ولا اختلاط مع الاختلاف . ولنا أنها شركة في ضمان العمل وفيما يستفاد به وهو
الأجر لافي نفس العمل ، والوكالة فيه ممكنة ، لأن ما يتقبل كل واحد منهما من العمل فهو
أصيل في نصفه وكيل في نصفه ، وبذلك تتحقق الشركة ؛ ولو استويا في العمل وتفاضلا
في المال جاز أيضا ، لأن الأجرة بدل عملهما ، وأنهما يتفاوتان فيكون أحدهما أجود عملا
وأحسن صناعة فيجوز ؛ والقياس أن لا يجوز لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، لأن الضمان
بقدر العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن . قلنا المأخوذ هنا ليس بربح ، لأن الربح
يقتضي المجانسة بينه وبين رأس المال ولا مجانسة ، لأن رأس المال هو العمل والربح مال
فكان بدل العمل على ما بيننا . قال (وما يتقبله أحدهما يلزمهما فيطالب كل واحد منهما
بالعمل ويطالب بالأجر) استحسانا . والقياس أنه لا يلزم شريكه ، لأن ذلك مقتضى
المفاوضة والشركة هنا مطلقة ؛ وجه الاستحسان أن هذه الشركة تقتضي الضمان حتى كان

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ جَائِزَةٌ ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بَوُجُوهِيهِمَا وَيَبْيَعَا ، وَتَتَعَقَّدُ عَلَى الْوَكَالَةِ ، وَإِنْ شَرَطَا أَنْ الْمُشْتَرَى يَبْتِنِيهِمَا فَالرَّيْبُ كَذَلِكَ ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ ، وَإِنْ اشْتَرَا وَلِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي الْمَاءَ لَا يَصِيحُ ، وَالْكَسْبُ لِلْعَامِلِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةٌ بَغْلُ الْآخَرِ أَوْ رَاوِيَتِهِ ، وَالرَّيْبُ فِي الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ وَيَبْطُلُ شَرَطُ الزِّيَادَةِ وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ ، وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِثْلَهُمَا لِصَاحِبِهِ فَأَدْيَا مَعَ ضَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلَهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَدْيَا مُتَعَاقِبًا ضَمَنِ الثَّانِي لِلأَوَّلِ عَلَيْهِ بِأَدَائِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

ما يقبله كل واحد منهما مضمونا على الآخر، ويستوجب الأجر بما تقبله شريكه فكان كالمفاوضة في ضمان الأعمال والمطالبة بالأبدال . قال (وشركة الوجوه جائزة) وتسمى شركة المفاليس (وهي أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) سميت بذلك لأن الشراء بالنسيئة إنما يكون لمن له وجهة عند الناس ، والتعامل بذلك جائر بين الناس من غير نكير . قال (وتتعقد على الوكالة) لأن التصرف على الغير إنما يجوز بوكالته إذ لا ولاية عليه وهذا عند الإطلاق ، ولو شرط الكفالة أيضا جاز وتكون مفاوضة لأنه يمكن تحقيق ذلك ، لكن عند الإطلاق بصرف إلى العنان لأنه أدنى . قال (وإن شرط أن المشتري بينهما فالربح كذلك ، ولا تجوز الزيادة فيه) لأن استحقاق الربح بالضمان ، والضمان يتبع الملك في المشتري فيقتدر بقدره . قال (وإن اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي الماء لا يصيح ، والكسب للعامل) لأن الماء مباح وأخذه لا يستفاد بالوكالة وقد تقدم (وعليه أجره بغل الآخر أو راويته) لأنه قد انتفع بملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجرته . قال (والربح في الشركة الفاسدة على قدر المسال ويبطل شرط الزيادة) لأن الربح تبع لرأس المسال فيتبعه في الملكية ، والزيادة إنما تستحق بالشرط وقد بطل . قال (وإذا مات أحد الشريكين أو لحق بدار الحرب مرتدًا بطلت الشركة) لتضمنها الوكالة ، وهي تبطل بذلك على ما مر . قال (وليس لأحد الشريكين أن يؤدّي زكاة مال الآخر إلا بإذنه) لأن ذلك ليس بداخل في الشركة لأنه ليس من التجارة (فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه فأدّيَا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه ، وإن أديَا متعاقبا ضمن الثاني للأول علم بأدائه أو لم يعلم) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعنه إن لم يعلم لا يضمن وهو قولهما ، لأنه مأمور بالدفع إلى الفقير وقد فعل . وله أنه مأمور بالدفع إليه زكاة ، والمدفوع لم يقع زكاة فكان مخالفا ، ولأن أمره بأداء يخرججه عن العهدة ولم يوجد فكان مخالفا فيضمن ، والله أعلم .

كتاب المضاربة

المُضَارِبُ شَرِيكُ رَبِّ الْمَالِ فِي الرَّبْحِ وَرَأْسُ مَالِهِ الضَّرْبُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِذَا سَلَّمَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَيْهِ فَهُوَ أَمَانَةٌ ، فَإِذَا تَصَرَّفَ فِيهِ فَهُوَ وَكِيلٌ ،

كتاب المضاربة

وهي مفاعلة من الضرب ، وهو السير في الأرض ، قال الله تعالى ، وإذا ضربتم في الأرض - الآية ، وسمى هذا النوع من التصرف مضاربة لأن فائدته وهو الربح لا تحصل غالبا إلا بالضرب في الأرض ، وهي بلغة الحجاز مقارضة ، وإنما اخترنا المضاربة لموافقتها نص القرآن ، وهو قوله تعالى - وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله - أى يسافرون للتجارة ، وهو عقد مشروع بالآية وبالسنة ، وهو ما روى أن العباس كان يدفع ماله مضاربة ، ويشترط على مضاربه أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة (١) فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وأجازه ، وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملونه فأقرهم عليه ، وعن عمر رضى الله عنه أنه دفع مال اليتيم مضاربة وعليه الإجماع ، ولأن للناس حاجة إلى ذلك لأن منهم الغنى الغنى عن التصرفات ، والفقير الذكى العارف بأنواع التجارات ، فمست الحاجة إلى شرعيته تحصيل المصلحتها . وتنعقد بقوله دفعت هذا المال إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة ، أو خذ هذا المال واعمل فيه على أن لك نصف الربح أو ثلثه ، أو قال : خذ هذه الألف واعمل بها بالنصف أو بالثلث استحسانا ، لأن البيع والشراء صار مذكورا بذكر العمل ، والنصف متى ذكر عقيب البيع والشراء يراد به النصف من الربح عرفا وأنه كالمشروط ، ولو قال : خذ هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانا عملا بالعرف . وشرائطها خمسة : أحدها أنها لا تجوز إلا بالنقدين . الثانى : إعلام رأس المال عند العقد ، إما بالإشارة أو بالتسمية ، ويكون مسلما إلى المضارب . الثالث : أن يكون الربح شائعا بينهما . الرابع : إعلام قدر الربح لكل واحد منهما . الخامس : أن يكون المشروط للمضارب من الربح ، حتى لو شرطه من رأس المال أو منهما فسدت على ما يأتيك إن شاء الله تعالى .

قال (المضارب شريك رب المال في الربح ، ورأس ماله الضرب في الأرض) لأنه لو لم يكن شريكه في الربح لا يكون مضاربة على ما نبينه إن شاء الله . قال (فإذا سلم رأس المال إليه فهو أمانة) لأنه قبضه بإذن المالك (فإذا تصرف فيه فهو وكيل) لأنه تصرف

(١) قوله كبد رطبة : المراد بها المواشى .

فَإِذَا رَيْجَ صَارَ شَرِيكَاً ، فَإِنَّ شَرْطَ الرَّبْحِ لِلْمُضَارِبِ فَهُوَ قَرْضٌ (ف) ، وَإِنْ شَرْطَ لِرَبِّ الْمَالِ فَهُوَ بِضَاعَةٌ ، وَإِذَا فَسَدَتِ الْمُضَارِبَةُ فَهِيَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ ، وَإِذَا خَالَفَ صَارَ غَاصِباً ، وَلَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا مَشَاعاً ، فَإِنْ شَرْطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمٌ مُسَمَّاةٌ فَسَدَتْ ، وَالرَّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ، وَاشْتِرَاطُ الْوَضِيعَةِ عَلَى الْمُضَارِبِ بَاطِلٌ ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مُسَلِّماً إِلَى الْمُضَارِبِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ بِالتَّقْدِيرِ وَالنَّسِيبَةِ وَيُوكِّلَ وَيُسَافِرَ وَيُبْضِعَ ، وَلَا يُضَارِبُ إِلَّا بِأَذْنِ رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ يَقُولَهُ : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ ،

فيه بأمره (فإذا ريج صار شريكاً) لأنه ملك جزءاً من الربح (فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض) لأن كل ريج لا يملك إلا بملك رأس المال ، فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال ، ثم قوله مضاربة شرط لردّه فيكون قرضاً (وإن شرط لربّ المال فهو بضاعة) هذا معناها عرفاً وشرعاً (وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة) لأنه عمل له بأجر مجهول فيستحقّ أجر مثله لما مرّ (وإذا خالف صار غاصباً) لأنه تصرف في ملك الغير بغير رضاه فكان غاصباً ، ولا تصحّ إلا بما تصحّ به الشركة . قال (ولا تصحّ إلا أن يكون الربح بينهما مشاعاً ، فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت) لما مرّ في الشركة ، وكذا كل شرط يوجب الجهالة في الربح يفسدها لاختلال المقصود (والربح لربّ المال) لأن الربح تبع للمال لأنه نماؤه (وللمضارب أجر مثله) لأنها فسدت ولا يتجاوز به المسمى عند أبي يوسف ، وهو نظير مأمور في الشركة الفاسدة ، وهكذا كل موضع لا تصحّ فيه المضاربة . وتجب الأجرة وإن لم يعمل لأن الأجير يستحقّ الأجرة بتسليم نفسه وقد سلم . وعن أبي يوسف أنه لا يستحقّ حتى يربح كالصحيحة ، والمال أمانة كالصحيحة ، أو لأنه أجير خاصّ . قال (واشترط الوضعية على المضارب باطل) لما روى عن عليّ رضي الله عنه أنه قال : الربح على ما اشترطوا عليه ، والوضعية على المال ولأنه تصرف فيه بأمره فصار كالوكيل . قال (ولا بدّ أن يكون المال مسلماً إلى المضارب) لأنه لا يقدر على العمل إلا باليد ، فيجب أن تخلص يده فيه وتنقطع عنه يد ربّ المال . قال (وللمضارب أن يبيع ويشترى بالتقديّر والنسيئة ويوكّل ويسافر ويبضّع) وأصله أن المضارب مأمور بالتجارة ، فيدخل تحت الإذن كل ما هو تجارة أو ما لا بدّ للتجارة منه : كالبيع والشراء والباقي من أعمال التجارة ، وكذلك الإيداع ولأنها دون المضاربة فيدخل تحت الأمر . قال (ولا يضارب إلا بأذن ربّ المال ، أو بقوله : اعمل برأيك) لأن الشيء لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة فاحتاج إلى التنصيص أو مطلق التفويض ، إلا أنه ليس

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى الْبَلَدَ وَالسَّلْعَةَ وَالْمُعَامِلَ الَّذِي عَيْنَهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَإِنْ
وَقَّتَ لَهَا وَقْتًا بَطَلَتْ بِمُضِيِّهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزُوجَ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ
الْمُضَارَبَةِ ، وَلَا يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ،

له الإقراض لأن الإطلاق فيما هو من أمور التجارة لا غير . قال (وليس له أن يتعدى البلد
والسلعة والمعامل الذي عينه رد المال) لما روينا من حديث العباس رضى الله عنه . وعن
ابن مسعود رضى الله عنه أنه دفع المال مضاربة وقال : لا تسلف مالنا في الحيوان ، ولأنها
وكالة ، وفي التخصيص فائدة فيتخصص ، ولو خالفه كان مشترى لنفسه وربحه له ، لأنه
لما خالف صار غاصبا فأخذ حكم الغصب ، ثم قيل يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود
المخالفة ، وقيل لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء ، فإذا عاد زال الضمان
وصار مضاربة على حاله بالعقد الأول كالمودع إذا خالف ثم عاد .

والمضاربة نوعان : عامة ، وخاصة . فالعامة نوعان : أحدهما أن يدفع المال إليه
مضاربة ولم يقل له اعمل برأيك ، فيملك جميع التصرفات التي يحتاج إليها في التجارة ويدخل
فيه الرهن والارتهان والاستئجار والخط بالعيب والاحتيايل بمال المضاربة ، وكل ما يعمل
التجار غير التبرعات والمضاربة والشركة والخلط والاستدانة على المضاربة ، وقد مر الوجه
فيه . والثاني أن يقول له : اعمل برأيك ، فيجوز له ما ذكرنا من التصرفات والمضاربة والشركة
والخلط لأن ذلك مما يفعله التجار ، وليس له الإقراض والتبرعات لأنه ليس من التجارة .
فلا يتناول الأمر . والخاصة ثلاثة أنواع : أحدها أن يخصه ببلد فيقول : على أن تعمل
بالكوفة أو بالبصرة . والثاني أن يخصه بشخص بعينه بأن يقول : على أن تباع من فلان
وتشترى منه ، فلا يجوز التصرف مع غيره لأنه قيد مفيد لجواز وثوقه به في المعاملات .
الثالث أن يخصه بنوع من أنواع التجارات بأن يقول له : على أن تعمل به مضاربة في البز
أو في الطعام أو في الصرف ونحوه ، وفي كل ذلك يتقيد بأمره ولا يجوز له مخالفته لأنه مقيد
وقد مر الوجه فيه ، ولو قال : على أن تعمل بسوق الكوفة فعمل في موضع آخر منها جاز
لأن أماكن المصر كلها سواء في السفر والنقد والأمن ، ولو قال : لا تعمل إلا في سوق فعمل
في غيره ضمن لأنه صرح بالنهي ؛ ولو دفع المال مضاربة في الكوفة على أن يشترى من
أهلها فاشترى من غيرهم فيها جاز لأن المقصود المكان عرفا ؛ وكذلك لو دفعه مضاربة
في الصرف على أن يشترى من الصيارفة ويبيعهم فاشترى من غيرهم جاز لأن المراد النوع
عرفا . قال (وإن وقت لها وقتا بطلت بمضيه) لأن التوقيت مقيد وهو وكيل فيتقيد بما وقته
كالتقيد بالنوع والبلد . قال (وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وهو
على الخلاف الذي مر في المسأون . قال (ولا يشترى من يعتق على رب المال) لأنه يعتق

فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَهُ ، وَلَا مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ
فِي الْمَالِ رِبْحٌ فَاشْتَرَى مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ صَحَّ الْبَيْعُ ، فَإِنْ رِبْحٌ عَتَقَ نَصِيبُهُ
وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ نَصِيبِ رَبِّ الْمَالِ ، فَكَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالُ مُضَارَبَةً
وَقَالَ : مَا رَزَقَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ وَأَذِنَ لَهُ فِي الدَّفْعِ مُضَارَبَةً ، فَدَفَعَ إِلَى
آخَرَ بِالثُلُثِ فَنِصْفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ الْمَالِ بِالْشَّرْطِ ، وَالسُّدُسُ لِلأَوَّلِ ، وَالثُّلُثُ
لِلثَّانِي ، وَإِنْ دَفَعَ الْأَوَّلُ إِلَى الثَّانِي بِالنِّصْفِ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ دَفَعَهُ عَلَى أَنْ
لِلثَّانِي الثُّلُثَيْنِ ضَمِنَ الْأَوَّلُ لِلثَّانِي قَدْرَ السُّدُسِ مِنَ الرِّبْحِ ، وَلَوْ قَالَ :
مَا رَزَقَكَ اللَّهُ فَلَئِنْ نِصْفُهُ فَمَا شَرَطَهُ لِلثَّانِي فَهُوَ لَهُ ، وَالْباقِي بَيْنَ رَبِّ الْمَالِ
وَالْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ نِصْفَانِ ؛

عليه فبطل المضاربة ، وهو إنما وكله بالتصرف في المال لا بإبطال العقد (فإن فعل ضمنه)
معناه صار مشترياً لنفسه فيضمن الثمن كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال (ولا من يعتق
عليه إن كان في المال ربح) لأنه يملك نصيبه فيعتق عليه فيفسد الباقي أو يعتق فيمنع
التصرف فيه ، فإن اشتراه كان مشترياً لنفسه فيضمن الثمن لأنه أدّاه من مال الغير . قال
(فإن لم يكن في المال ربح فاشترى من يعتق عليه صحّ البيع) لعدم المانع (فإن ربح عتق
نصيبه) لأنه ملك قريبه ولا ضمان عليه لأنه عتق بالربح لا بصنعه (ويسمى العبد في قيمة
نصيب ربّ المال) لأن ماليته صارت محبوسة عنده فيسعى كالعبد الموروث إذا عتق على
أحد الورثة يسمى في نصيب الباقي . قال (فلو دفع إليه المال مضاربة وقال : ما رزق
الله بيننا نصفان وأذن له في الدفع مضاربة ، فدفع إلى آخر بالثلث فنصف الربح لرب
المال بالشرط ، والسدس للأول ، والثلث للثاني) لأنه لما شرط ربّ المال لنفسه النصف
بقي النصف للمضارب ، فلما شرط الثلث للثاني انصرف تصرفه إلى نصيبه فيبقى له السدس
ويطيب له كأجير الخياط (وإن دفع الأول إلى الثاني بالنصف فلا شيء له) لأنه جعل
نصفه للثاني فلم يبق له شيء ، كمن استأجره لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره ليخطه
بدرهم (وإن دفعه على أن للثاني الثلثين ضمن الأول للثاني قدر السدس من الربح) لأنه
ضمن للثاني ثلثي الربح وبعضه وهو النصف ملكه وبعضه وهو السدس ملك ربّ المال فلا ينفذ
لأنه إبطال ملك الغير لكن التسمية صحيحة لكونها معلومة في عقد يملكه ، وقد ضمن له
السلامة فيلزمه الوفاء ، وصار كمن استأجر خياطاً لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الخياط غيره
ليخطه بدرهم ونصف (ولو قال : ما رزقك الله فلي نصفه ، فما شرطه للثاني فهو له) عملاً
بالشرط لأنه ملكه من جهة ربّ المال (والباقي بين ربّ المال والمضارب الأول نصفان)

يُوتَوُ قَالَ : عَلَى أَنْ مَارَزَقَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَدَفَعَهُ إِلَى آخِرَ بِالنِّصْفِ فَدَفَعَهُ
الثَّانِي إِلَى ثَالِثٍ بِالثُّلُثِ فَالنِّصْفُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَالثَّلَاثُ الثُّلُثُ ، وَالثَّانِي السُّدُسُ
وَلَا شَيْءَ لِلْأَوَّلِ ،

لأن رب المال جعل لنفسه نصف مازقه الله ، وإنما رزقه نصف الربح فيكون بينهما
نصفان ؛ وكذلك إذا قال ؛ ماريحت أو كسبت أو رزقت أو ما كان لك فيه من فضل
أو ربح فهو بيننا نصفان ، فانه ينطلق إلى ما بعد ما شرط للثاني لما بيننا (ولو قال : على أن
ما رزق الله بيننا نصفان فدفعه إلى آخر بالنصف فدفعه الثاني إلى ثالث بالثلث فالنصف
لرب المال ، وللثالث الثلث ، وللثاني السدس ولا شيء للأول) لأنه لما شرط النصف
للثاني وانصرف إلى نصيبه لما بيننا فلم يبق له شيء والباقي على ما شرطاه لما بيننا . وإذا لم يؤذن
للمضارب في الدفع مضاربة فدفعه إلى غيره مضاربة ضمن عند زفر لوجود المخالفة ،
وقالا : لا يضمن ما لم يعمل لأن الدفع لا يتقرر مضاربة إلا بالعمل ، وقال أبو حنيفة :
لا يضمن ما لم يربح لما بيننا في أول الباب أن الدفع قبل العمل أمانة وبعد العمل مباذعة وهو
يملك ذلك ، فإذا ربح صار شريكا في المال فيضمن كما إذا خلط بمال آخر ولا ضمان على
الثاني لأن فعله يضاف إلى الأول ، لأنه هو الذي أثبت له ولاية التصرف ، فان استهلكه
الثاني فالضمان على الأول خاصة ، وعندهما يضمن الثاني وهو نظير مودع المودع ، والأشهر
أنه يخير ههنا فيضمن أيهما شاء الأول لما بيننا والثاني لإبطاله حق رب المال فكان متعديا
في حقه ، ولو كانت المضاربة فاسدة لاضمان عليه لأن الثاني أجبر فيه ، وله أجر مثله فلا
يكون شريكا ، ولو دفع المال إلى رجلين مضاربة بالنصف وقال : اعملا برأيكما ، أو لم
يقبل فليس لأحدهما أن ينفرد لأن التجارة يحتاج فيها إلى الرأي ، فان عمل أحدهما بنصف
المال بغير أمر صاحبه ضمن النصف ، وإن عمل بأمر الآخر لم يضمن لأنه كالوكيل عنه ،
وما ربح نصفه لرب المال ونصفه بينهما نصفان .

فصل

ونفقة المضارب في مال المضاربة ما دام في سفره حتى يعود إلى مصره ، وإن كان
ما دون مدة السفر إذا كان لا يبيت بأهله ، وإن كان يبيت فلا نفقة له ، وكذا لافقة له
ما دام في مصره ، لأن النفقة جزاء الاحتباس ، فاذا كان في مصره لا يكون محتسبا في المضاربة
وفي السفر يكون محتسبا فيها ، وإذا اتخذ مصرا آخر دارا أو تزوج به فهو كمصره ونفقته
في الحاجة الدارة كالطعام والشراب والكسوة وفراش النوم ودابة الركوب وعلفها ومن
يطبخ له ويفسل ثيابه وأجرة الحمام ودهن السراج والحطب ، وتجب نفقة مثله بالمعروف
ونفقة غلمانة ودوابه الذين يعملون معه في المال ، وتحتسب النفقة من الربح ، فان لم يكن

وَتَبْطُلُ الْمُضَارَبَةُ : بِمَوْتِ الْمُضَارِبِ ، وَبِمَوْتِ رَبِّ الْمَالِ ، وَبِرِدَّةِ رَبِّ الْمَالِ ، وَلِحَاقِهِ مُرْتَدًّا ، وَلَا تَبْطُلُ بِرِدَّةِ الْمُضَارِبِ ، وَلَا بِتَعَزُّلِ يَعْزِلُهُ مَا كَمْ يَعْلَمُ ، فَلَكَوْ بَاعَ وَاشْتَرَى بَعْدَ الْعَزْلِ قَبْلَ الْعِلْمِ نَقَدَ ، فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَزْلِ وَالْمَالِ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ كَمْ يَحْزُرُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ خِلَافَ جِنْسِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَصِيرَ مِنْ جِنْسِهِ ، وَإِذَا افْتَرَقَا فِي الْمَالِ دَيُونٌ وَلَيْسَ فِيهِ رِبْحٌ وَكُلَّ رَبِّ الْمَالِ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ أُجْبِرَ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ قَبْلَ الرِّبْحِ ، فَإِنْ زَادَ قَبْلَ رَأْسِ الْمَالِ .

فإن رأس المال ؛ ولو أفق من مال نفسه أو استدان لنفقته رجع في مال المضاربة ؛ ولو ضارب لرجلين فنفقته على قدر المالين ، ولو كان أحد المالين بضاعة فالجميع على المضاربة لأن السفر واقع لها ، ولو كانت المضاربة فاسدة لانفقة للمضارب لأنه أجبر ونفقة الأجير على نفسه . قال (وتبطل المضاربة بموت المضارب وبموت رب المال) لأنها وكالة وأنها تبطل بالموت لما مر . قال (وبردة رب المال ولحاقه مرتدًا) لأنه موت حكما على ما عرف (ولا تبطل بردة المضارب) لأن ملك رب المال باق ، وعبرة المرتد معتبرة . قال (ولا ينزل بعزله ما لم يعلم) كالوكيل (فلو باع واشترى بعد العزل قبل العلم نفذ) لبقاء الوكالة (فإن علم بالعزل والمال من جنس رأس المال لم يحز له أن يتصرف فيه) لأنه صار أجنبيا بالعزل ولا ضرر عليه في ذلك (وإن كان خلاف جنسه فله أن يبيعه حتى يصير من جنسه) لأن له حقا في الربح ، وهو إما يظهر إذا علم رأس المال ، وإما يعلم إذا نض (١) وإما ينض بالبيع ، فاذا نض لا يتصرف فيه ، وموت أحدهما ولحاقه بدار الحرب كالعزل . قال (وإذا افترقا وفي المال ديون وليس فيه ربح وكل رب المال على اقتضاؤها) لأنه وكيل متبرع بالعمل فلا يلزمه الاقتضاء إلا أنه لما كان عاقدا والحقوق ترجع إليه فلا بد من وكالته (وإن كان فيه ربح أجبر على اقتضاؤها) لأن الربح بمنزلة الأجرة فكان أجيرا فيجب عليه تمام العمل . قال (وما هلك من مال المضاربة فن الربح) لأنه تبع كالعفو في باب الزكاة (فإن زاد فن رأس المال) لأن المضارب أمين فلا ضمان عليه ، فان اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال أو بعضه رجع في الربح حتى يستوفي رأس المال ، لأن الربح فضل على رأس المال ، ولا يعرف الفضل إلا بعد سلامة رأس المال فلا يصح قسمته فينصرف الهلاك إليه لما بينا ، ويبدأ أولا برأس المال ثم بالنفقة ثم بالربح الأهم فالأهم ، ولو فسخه المضاربة ثم اقتسما الربح ثم عقدا المضاربة فهلك رأس المال لم يترادأ

(١) قوله نض ، بفتح النون وتشديد الضاد المفتوحة : أى صار نقدا .

كتاب الوديعة

وَهِيَ أَمَانَةٌ إِذَا هَلَكْتَ مِنْ غَيْرِ تَعَدَّ لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا
بِنَفْسِهِ ، وَمَنْ فِي عِيَالِهِ وَإِنْ تَهَاوَى ،

الربح ، لأن هذه المضاربة جديدة ، والأولى قد انتهت فأنتهى حكمها ، ولو مرّ المضارب
على السلطان فأخذ منه شيئا كرها لاضمان عليه ، وإن دفع إليه شيئا ليكفّ عنه ضمن ،
لأنه ليس من أمور التجارة ، وكذلك إذا أراد العاشر أن يأخذ منه العشر فصالحه المضارب
بشيء من المال حتى كفّ عنه ضمن ، والله عزّ وجلّ أعلم .

كتاب الوديعة

وهي مشتقة من الودع وهو الترك ، يقال : دع هذا : أى اتركه ؛ ومنه الموادة
في الحرب : أى أن يترك كل واحد من الفريقين الحرب ، وقال عليه الصلاة والسلام
« لينين قوم عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم ثم ليكتبن من الغافلين » أى
تركهم الجماعات . ومنه الوداع ، لأن كل واحد منهما يترك صاحبه ويفارقه ، أو هي من
الحفظ ، قال عليه الصلاة والسلام في حديث وداع المسافر « استودع الله دينك وأمانتك »
أى استحفظ الله : أى اطلب منه حفظهما ، فكأن الوديعة ترك عند المودع للحفظ ،
ولهذا لا يودع عادة إلا عند من يعرف بالأمانة والديانة . وهو عقد مشروع أمانة لا غرامة ،
قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستودع غير المغلّ ضمان ، ولا على المستعير غير المغلّ
ضمان » ويجب حفظها على المودع إذا قبلها لأنه التزم الحفظ بالعقد ، والوديعة تارة تكون
بصريح الإيجاب والقبول وتارة بالدلالة ، فالصريح قوله أودعتك وقول الآخر قبلت ،
ولا يتم في حق الحفظ إلا بذلك ، ويتم بالإيجاب وحده في حق الأمانة ، حتى لو قال
للقاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل ، لأن صيرورة المال أمانة حكم
يلزم صاحب المال لا غير فيثبت به وحده ؛ فأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من
قبوله ، والدلالة إذا وضع عنده متاعا ولم يبل شيئا ، أو قال هذا وديعة عندك وسكت الآخر
صار مودعا حتى لو غاب المالك ثم غاب الآخر فضاع ضمن ، لأنه إيداع وقبول عرفا .
قال (وهي أمانة إذا هلكت من غير تعدّ لم يضمن) لأنه لو وجب الضمان لامتنع الناس
من قبولها وفيه من الفساد ما لا يخفى ، ولما روينا من الحديث . قال (وله أن يحفظها بنفسه
ومن في عياله وإن نهاه) لأنه التزم أن يحفظها بما يحفظ به ماله ، وذلك بالحرز واليد .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بغيرِهِمْ إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْحَرِيقَ فَيُسَلِّمَهَا إِلَى جَارِهِ ،
أَوْ الْفَرْقَ فَيُلْقِيَهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى ، فَإِنْ خَلَطَهَا بِغيرِهَا حَتَّى لَا تَتَمَيَّزَ
ضَمَّتْهَا ، وَكَذَا إِنْ أَنْفَقَ بَعْضُهَا ثُمَّ رَدَّ عِوَضَهُ وَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ، وَإِنْ اخْتَلَطَ
بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَهُوَ شَرِيكَ ،

أما الحرز فداره ومنزله وحانوته ، سواء كان ملكا له أو إجارة أو إعارة . وأما اليد فيده
وزوجته وزوجها وأمه وعبده وأجيرُه . الخاص وولده الكبير إن كان في عياله على ما مرَّ
في الرهن ، ولأن المودع رضى بذلك لأنه يعلم أن المودع لابد له من الخروج لمعاشه وأداء
فرائضه ، ولا يمكنه استصحاب الوديعة معه فيتركها في منزله عند من في عياله فلم يكن له
بدن ذلك ، ولهذا لا يصح نهي لوقال لا تدفعها إلى شخص عينه من عياله ممن لابد له منه ،
فإن لم يكن له عيال سواه لم يضمن ، وإن كان له سواه يضمن لأن من العيال من لا يؤتمن
على المسان . قال (وليس له أن يحفظها بغيرهم) لأنه ما رضى بحفظ غيرهم ، فإن الناس
يتفاوتون في الأمانات وصار كالوكيل والمضارب ليس له أن يوكل ولا يضارب لما تقدم
أن الشيء لا يتضمن مثله . قال (إلا أن يخاف الحريق فيسلمها إلى جاره ، أو الفرق فيلقيا
إلى سفينة أخرى) لأن الحفظ تعين بذلك ، لكن لا يصدق عليه إلا بينة لأنه يدعى سببا
لإسقاط الضمان فيحتاج إلى بينة . قال (فإن خلطها بغيرها حتى لا تميز ضمنها) عند
أبي حنيفة ثم لاسبيل للمودع عليها والخلط على وجوه : أحدها الجنس بالجنس كالحنطة
بالحنطة ، والشعير بالشعير ، والدرهم البيض بالبيض ، والسود بالسود . والثاني خلط
الجنس بغيره كالحنطة بالشعير ، والخل بالزيت ونحوهما . والثالث خلط المائع بمجنسه ؛
فمعد أبي حنيفة هو استهلاك في الوجوه كلها فيضمنها وينقطع حق المودع عنها ، وعندهما
كذلك في الوجه الثاني ، لأنه استهلاك صورة ومعنى ؛ والأول عندهما إن شاء شاركه
فيها ، وإن شاء ضمنه ، لأنه إن تعذر أخذ عين حقه لم يتعذر المعنى فكان استهلاكها من
وجه دون وجه فيختار أيهما شاء . وأما الثالث فعند أبي يوسف يجعل الأقل تبعا للأكثر
اعتبارا للغالب . وعند محمد هو شركة بينهما بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده
على ما عرف من أصله في الرضاع ، وخلط الدرهم بالدرهم ، والدنانير بالدنانير إذابة
من الوجه الثالث ، لأنه يصير مائعا بالإذابة . وجه قول أبي حنيفة أنه استهلاك من كل
وجه اعتذر وصوله إلى عين حقه ، والقسمة مترتبة على الشركة فلا تكون موجبة لها ، فلو
أبرأ المودع الخالط برئ أصلا ، وعندهما يبرأ من الضمان فتعين الشركة في المخلوط (وكذا
إن أنفق بعضها ثم ردَّ عوضه وخلطه بالباقي) فهو استهلاك على الوجه الذي بينا . قال (ولو
اختلط بغير صنعه فهو شريك) بالاتفاق لأنه لا صنع له فيه فلا ضمان عليه فتعين الشركة .

وَلَوْ تَعَدَّى فِيهَا بِالرُّكُوبِ أَوْ اللَّبَسِ أَوْ الْإِسْتِخْدَامِ أَوْ أَوْدَعَهَا ثُمَّ زَالَ
التَّعْدَى لَمْ يَضْمَنْ ؛ وَلَوْ أَوْدَعَهَا فَهَلَكَتْ عِنْدَ الثَّانِي فَالضَّمانُ عَلَى الْأَوَّلِ (سم)
فإن طلبها صاحبها فجحدها ثم عاد اعترف ضمن ؛ وَلِلْمُودِعِ أَنْ يَسَافِرَ
بِالْوَدِيعَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمِثْلُونَةٌ مَا لَمْ يَنْتَهْ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا ،
وَلَوْ أَوْدَعَا عِنْدَ رَجُلٍ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ثُمَّ حَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطْلُبُ نَصِيْبَهُ
لَمْ يُؤْمَرْ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَحْضُرِ الْآخَرُ ،

قال (ولو تعدى فيها بالركوب أو اللبس أو الاستخدام أو أودعها ثم زال التعدى لم يضمن)
لزوال الموجب للضمان ، ويد الأمانة باقية بإطلاق الأمر الأول لأنه لم يرتفع من جهة صاحب
الحق لكن ارتفع حكمه لوجود ما ينافيه ثم زال المنافي فعاد حكم الأمر الأول (ولو أودعها
فهلك عند الثاني فالضمان على الأول) خاصة . وقالوا : يضمن أيهما شاء ، لأن الأول
خالف لما بيننا ، والثاني تعدى حيث قبض ملك غيره بغير أمره ، فإن ضمن الأول لا يرجع
على الثاني لأنه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا ملكه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول
لأنه إنما لحقه ذلك بسببه . ولأبي حنيفة أن التفريط إنما جرى من الأول ، لأن مجرد الدفع
لا يوجب الضمان حتى لو هلك الأول حاضر لا يضمن ، فإذا غاب الأول فقد ترك
الحفظ فيضمن والثاني لم يترك . قال (فإن طلبها صاحبها فجحدها ثم عاد اعترف ضمن)
لأن بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده ، وبالإعتراف بعد ذلك لم يوجد الرد إلى
نائب المالك بخلاف مسألة المخالفة ثم المرافقة ، لأن يد الوديعة لم ترتفع فوجد الرد إلى يد
النائب ، ولو جحدتها عند غير المالك لم يضمن . وقال زفر : يضمن لأنه جحد الوديعة .
ولنا أنه من باب الحفظ لما فيه من قطع الأطماع عنها ، ولأنه ربما يخاف عليها من جحدتها
عنده ، وهذا المعنى معدوم إذا جحدتها عند المالك ، فإن جحدتها ثم جاء بها فقال له صاحبها
دعها وديعة عندك فهلك ، فإن أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد كأنه
أخذها ثم أودعها ، وإن لم يمكنه أخذها ضمن لأنه لم يتم الرد . قال (وللمودع أن يسافر
بالوديعة وإن كان لها حمل ومثونة ما لم ينه إذا كان الطريق آمنا) لإطلاق الأمر ، والغالب
السلامة إذا كان الطريق آمنا ، ولهذا يملكه الوصي والأب ، بخلاف الركوب في البحر ،
لأن الغالب فيه العطب . وقالوا : ليس له ذلك إلا إذا كان له حمل ومثونة ، لأن الظاهر
عدم الرضا لما يلزمه من مثونة الحمل . قلنا يلزمه ذلك ضرورة امتثال أمره ، فلا اعتبار
به سببا إذا كان من أهل العمود ، ولا بد له من رحلة الشتاء والصيف . قال (ولو أودعها
عند رجل مكيلا أو موزونا ثم حضر أحدهما يطلب نصيبه لم يؤمر بالدفع إليه ما لم يحضر
الآخر) وقالوا : يدفع إليه نصيبه لأنه سلمه إليه فيؤمر بالدفع إليه عند الطلب لأنه ملكه

فان قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبه المالك ضمن إلا أن يقيم البينة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين ، ولو أودع عند رجلين شيئا مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصقه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر ، ولو قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن ، ولو خالفه في الدار ضمن ، ولو ردّ الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن .

حتى كان له أخذه كالدين المشترك ، وله أن نصيبه في المشاع ولا يمكن دفعه إليه ، لأن الدفع يقع في المعين وهو غير المشاع ، وإذا لم يمكن دفعه إليه كيف يؤمر به ، وولاية الأخذ لا تقتضي جواز الدفع . ألا ترى أن المدين لو كان له وديعة عند رجل من جنس الدين فرب الدين أخذها ، ولا يجوز للمودع الدفع إليه . وأما الدين المشترك فلا يه يؤديه المدين من مال نفسه لما عرف ، ولا اعتبار بضرر الحاضر لأنه لحقه بصنعه حيث أودعه مشاعا ، وغير المكيل والموزون لا يدفع إليه نصيبه بالإجماع . وذكر محمد الخلاف مطلقة والأول أصح ، لأنه لو كان في يد أحدهما وغاب فليس للحاضر أخذ نصيبه فن المودع أولى . قال (فإن قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبه المالك ضمن ، إلا أن يقيم البينة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين) لأنهما تصادقا على الدفع وتجاخدا في الإذن فيضمن بالدفع إلا بحجة . قال (ولو أودع عند رجلين شيئا مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصفه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر) وقالوا : لأحدهما أن يحفظه بأمر الآخر في المسئلتين لأنه رضى بأمانتهما ، فكان لأحدهما أن يسلمها إلى الآخر كالمسئلة الثانية ، وله أن الدافع أودع نصفه بغير أمر المودع فيضمنه ، وهذا لأنه إنما رضى بأمانتهما فكان رضى بأمانة كل واحد منهما في النصف ، لأن إضافة الفعل إليهما تقتضي التبعيض كالتعليكات ، إلا أنا جوزناه فيما لا يقسم ضرورة عدم التجزى وعدم إمكان اجتماعهما عليها ، ولأنه لما لم يمكن قسمتها ولا الاجتماع عليها دائما كان راضيا بذلك دلالة ، وعلى هذا الوكيلان والوصيان والمرتهنان والعدلان في الرهن والمستبضعان (١) . قال (ولو قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن) لعدم تفاوتهما في الحرز إلا أن تكون دارا كبيرة متباعدة الأطراف والبيت الذي نهاه عنه عورة فانه يضمن لأنه مفيد . قال (ولو خالفه في الدار ضمن) لأن الدور تختلف في الحرز فكان مفيدا . قال (ولو ردّ الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن) لأن المالك ما رضى بدفعها إلى داره ولا إلى من في عياله ظاهرا إذ لو رضى بهم لما أودعها ، ولو وضع الثياب في الحمام ولم يقل شيئا

كتاب اللقيط

وَهُوَ حُرٌّ وَتَفَقَّتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ،

ودخل الحمام ينظر إن كان في الحمام ثيابي يحفظ الثياب فالضمان عليه دون الحمamy لأنه استودعه دلالة ، وإن لم يكن ضمن الحمamy ؛ ولو قال للحمamy : أين أضع الثياب فأشار إلى مكان يضمن الحمamy دون الثيابي لأن الحمamy صار مودعا ؛ ولو وضع الثياب بمحض من الحمamy فخرج آخر ولبسها والحمamy لا يدري أنها ثيابه أم لا ضمن الحمamy ؛ وإن نام الحمamy فسرقت الثياب إن نام قاعدا لم يضمن لأنه لم يترك الحفظ ، وإن نام مضطجعا ضمن الخان كالحمام ، والدابة كالثياب ، والخاني كالحمامي .

قام واحد من أهل المجلس وترك كتابه أو متاعه فالباقون مودعون حتى لو تركوه فهلك ضمنوا ؛ فإن قام واحد بعد واحد فالضمان على آخرهم لأنه تعين حافظا .

كتاب اللقيط

وهو فعيل من اللقط والالتقاط بمعنى مفعول ، ومعناه العثور على الشيء مصادفة من غير طلب ولا قصد . قال الراجز يصف ماء آجنا :

ومنهل وردته التقاطا أخضر مثل الزيت لما شاطا

أي وردته من غير طلب ولا قصد ، شاط الزيت إذا نضج حتى احترق ، وكذلك اللقيط يوجد من غير طلب ، والتقاط صغار بني آدم مفروض إن علم أنه يهلك إن لم يأخذه بأن كان في مفازة أو بر أو مسبعة دفعا للهلاك عنه ، فإن غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان في مصر أو قرية فأخذه مندوب لما فيه من السعي في إحياء نفس محترمة ، قال الله تبارك وتعالى - ومن أحيائها فكأنما أحيانا الناس جميعا - وعن علي رضي الله عنه أنه قال للملتقط : لأن أكون وليت منه مثل ما وليت أنت كان أحب إلي من كذا وكذا .

قال (وهو حر) تبع للدار ، ولأن الأصل في بني آدم الحرية (ونفقته في بيت المال) لما روى عن سنين أبي جميلة قال : وجدت منبوا على بابي : أي لقيطا ، فأثبت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال لي : عسى الغوير أبوسا (١) نفقته علينا وهو حر . وهذا مثل

(١) قوله عسى الغوير أبوسا : قال في مجمع الأمثال للميداني : الغوير تصغير غار : والأبوس جمع بوس وهو الشدة ، وأصل هذا المثل فيما يقال من قول الزباء حين قالت لقومها عند رجوع قصير من العراق وبات بالغوير على طريقه : عسى الغوير أبوسا : أي لعل الشر يأتيكم من قبل الغار . وجاء رجل إلى عمر رضي الله عنه يحمل لقيطا ، فقال عمر :

وَمِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَجَنَابَتُهُ عَلَيْهِ ، وَدَيْتُهُ لَهُ وَوَلَاؤُهُ ، وَالْمُلْتَقِطُ
أَوَّلَى بِهِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْقَاضِي
بِشَرْطِ الرَّجُوعِ ؛ وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ
مَعًا ثَبَتَ مِنْهُمَا إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ أَحَدُهُمَا عِلَامَةً فِي جَسَدِهِ .

يقال عند التهمة . قال ابن الأعرابي : إنما عرض عمر بالرجل : أى لملك صاحب اللقيط ،
يريد أنك زنت بأمة وادّعيته لقيطا فشهد له جماعة بالخير فتركه . قال (وميراثه لبيت المال
وجنابته عليه ، وديته له وولاؤه) ليكون الغرم بالغم ، ولو قتل عمدا فإن شاء الإمام اقتص
وإن شاء صالح على الدية . وقال أبو يوسف : تجب الدية في مال القاتل لا غير لاحتمال الولي
وهو الظاهر إلا أنه غائب ولا يقتصّ دونه . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي
من لا ولي له » لأن الولي الذي لا يعرف ولا ينتفع برأيه كالعدم فلا اعتبار به ، وليس له أن
يعفو بالإجماع لأن فيه إبطال حق جماعة المسلمين ؛ ويحدّ قاذف اللقيط ولا يحدّ قاذف
أمه ، لأن في حجرها ولدا لا يعرف أبوه فكانت تهمة الزنا قائمة كالملاعة . قال (والمتلقط
أولى به من غيره) لسبق يده عليه كالمباحات ، فإن سأل القاضى أن يقبله إن شاء قبله وإن
شاء لا لاحتمال أنه ولده فينفق عليه من بيت المال ، وكذلك إن علم أنه لقيط لأنه التزم
حفظه وتربيته ، فإن دفعه للمتلقط إلى آخر ليس له أن يستردّه لأنه رضى بإبطال حقه . قال
(وهو متبرّع في الإنفاق عليه) لعدم الولاية (إلا أن يأذن له القاضى بشرط الرجوع)
لعموم ولايته ، فإن أذن له ولم يشترط الرجوع ذكر الطحاوى أنه يرجع عليه بعد البلوغ
لأنه قضى حقا عليه واجبا بأمر القاضى فصار كقضاء دينه بأمره ، والأصح أنه لا يرجع لأنه
أمره بقضاء حق واجب بغير عوض ترغيبا له في إتمام ما شرع فيه من التبرّع ، فصار كما إذا
قال له أدّ عني زكاة مالى فانه لا يرجع إلا بالشرط ، بخلاف الدين لأنه وجب عليه بعوض
ولو لم يأذن له القاضى ، لكن صدقه اللقيط بعد بلوغه فله الرجوع عليه لأنه اعترف بحقه .
قال (ومن ادّعى أنه ابنه ثبت نسبه منه) لما فيه من نفع الصغير ، لأن الناس يتشرفون
بالأنساب ويعيرون بعلمها ، وإذا ثبت نسبه ترتب عليه أخذه فتبطل يد المتلقط (وإن
ادّعاه اثنان معا ثبت منهما) لعدم الأولوية (إلا أن يذكر أحدهما علامة في جسده) فيكون
أولى بشهادة الظاهر أو لسبق في الدعوى لأنه ثبت نسبه منه في زمان لا ينازعه فيه غيره ،

= عسى الغوير أبؤسا . قال ابن الأعرابي : إنما عرض بالرجل : أى لملك صاحب
هذا اللقيط . قال : ونصب أبؤسا على معنى عسى الغوير يصير أبؤسا ، ويجوز أن يقدر
عسى الغوير أن يكون أبؤسا : وقال أبو على : جعل عسى بمعنى كان ونزله منزله . يضرب
للرجل ، يقال : لعل الشرّ جاء من قبلك ، اه مصححه .

وَالْحَرُّ وَالْمُسْلِمُ أَوَّلَى مِنَ الْعَبْدِ وَالذَّمَّى ، وَإِنْ ادَّعَاهُ عَبْدٌ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ ذِمِّيٌّ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ، إِلَّا أَنْ يَلْتَقِطَهُ مِنْ بَيْعَةٍ أَوْ كَنِيْسَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ مِنْ قَرَاهِمُ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا ، وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةً ، وَإِذَا كَانَ عَلَى اللَّقِيطِ مَالٌ فَهُوَ مَشْدُودٌ لَهُ وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِأَمْرِ الْقَاضِي ، وَيَقْبَلُ لَهُ الْهَبَةُ ، وَيُسَلَّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ ، وَلَا يُزَوِّجُهُ ، وَلَا يُؤَاجِرُهُ .

إلا إذا أقام الآخر البينة لأنها أقوى. قال (والحرّ المسلم أولى من العبد والذمي) ومعناه إذا ادّعى نسبه حرّ وعبد أو مسلم وذمي فالحرّ أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي ، لأن ذلك أنفع له (وإن ادّعاه عبد فهو ابنه) لأن ثبوت النسب أنفع له (وهو حرّ) لما تقدّم ولا يلزم من رقّ أبيه أن يكون رقيقاً ، لأن العبد يتزوّج الحرّة (وإن ادّعاه ذمي فهو ابنه) لما مرّ (وهو مسلم) لأن الإسلام ثبت له بالدار وإبطاله إضرار به ، وليس من ضرورة كون الأب كافراً ككفر الولد لاحتمال إسلام الأم . قال (إلا أن يلتقطه من بيعَةٍ أَوْ كَنِيْسَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ مِنْ قَرَاهِمُ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا) لأن الظاهر أن أولاد المسلمين لا يكونون في مواضع أهل الذمة فكذلك بالعكس ، ففي ظاهر الرواية أنه اعتبر المكان دون الواجد كاللقيط إذا وجده مسلم في دار الحرب . وروى أبو سليمان عن محمد أنه اعتبر الواجد دون المكان لأن اليد أقوى ؛ وفي رواية اعتبر الإسلام نظراً للصغير . قال (ومن ادّعى أنه عبده لم يقبل إلا ببينة) عملاً بالأصل ، وإقراره بالرقّ قبل البلوغ لا يقبل ، وبعد البلوغ إن أجرى عليه أحكام الأحرار من قبول شهادته وحدّ قاذفه لم يصحّ وقبل ذلك يصحّ ؛ ولو التقطه مسلم فادّعى نصراني أنه ابنه فهو ابنه وهو مسلم لما تقدّم ، وإن كان عليه زىّ النصراني كالصليب والزنار فهو نصراني ، لأن الظاهر أنه ولد على فراشه ولا اعتبار بالمكان . قال (وإذا كان على اللقيط مال مشدود فهو له) عملاً بالظاهر (وينفق عليه منه بأمر القاضي) لعموم ولايته ويصدق عليه في نفقة مثله ؛ وقيل لا يحتاج إلى أمر القاضي لأن المال له فينفق عليه منه ، وله ولاية ذلك فيشتري له ما يحتاج إليه من الكسوة والطعام وغيرها . قال (ويقبل له الهبة) لأنه نفع محض (ويسلمه في صناعة) لأنه من باب التثقيف وفيه منفعة (ولا يزوجه) لأنه لا ولاية له عليه ، وولاية التزويج والبيع والشراء للسلطان لعموم ولايته ، فإن زوجه السلطان ولا مال له فالمر في بيت المال ، وفي النواذر : إذا أمر الملتقط بختان الصبيّ فهلك ضمن لأنه ليس له هذه الولاية . قال (ولا يؤاجرّه) وهو الأصحّ لأنه لا يملك إتلاف منافعه كالعمّ بخلاف الأمّ لأنها تملك ذلك ، ولهذا كان لها إيجارته لنفقته واستخدامه .

كتاب اللقطة

وأخذها أفضل ، وإن خاف ضياعها فواجب ، وهي أمانة إذا أشهد أنه أخذها ليردّها على صاحبها ، فإن لم يشهد ضمّنها ويعرفها مدة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك .

كتاب اللقطة

وهي كاللقيط في الاشتقاق والمعنى ، وهي بضم اللام وفتح القاف : اسم للمال الملقوط ، وقال بعضهم : هي اسم الملتقط كالضحكة واللمزة واللمزة . فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف ، والأوّل أصح .

قال (وأخذها أفضل) لثلاث تصل إليها يد خائنة (وإن خاف ضياعها فواجب) صيانة لحقّ الناس عن الضياع ، وإن كان يخاف على نفسه الطمع فيها وترك التعريف والردّ فالترك أولى صيانة له عن الوقوع في المحرم . واللقطة : ما يوجد مطروحا على الأرض ما سوى الحيوان من الأموال لاحفاظ له . والضالة : الدابة تضلّ الطريق إلى مربطها وأخذها أفضل لأنّ الغالب في زماننا الضياع ، فإن أخذها وأشهد وعرفها ثم ردّها إلى موضعها لم يضمن . وذكر الحاكم في مختصره : أو ردّها بعد ما حوتها ضمن ، لأنّ بالتحويل التزم الحفظ ، فبالردّ صار مضيعا ولا كذلك قبل التحويل . قال (وهي أمانة إذا أشهد أنه يأخذها ليردّها على صاحبها) وهو أن يشهد عند الأخذ أنه يأخذها للردّ أو يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على (فإن لم يشهد ضمّنها) خلافا لأبي يوسف إذا ادعى أنه أخذها للردّ لأنّ الظاهر من حاله الحسبة لا المعضية . ولهما أن الأصل أن كل متصرف عاقل إنما يتصرف لنفسه ، وقد اعترف بالأخذ الذي هو سبب الضمان ثم ادعى ما يرثه فلا يصدق إلا ببينة ، وإن قال أخذته لنفسى ضمن بالإجماع باقراره ، وإن تصادقا أنه أخذها ليردّها لم يضمن بالإجماع لأنّ تصادقهما كالبينة . قال (ويعرفها مدة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك) هو المختار ، لأنّ ذلك يختلف بقلة المال وكثرته . وعن أبي حنيفة إن كانت أقلّ من عشرة دراهم عرفها أباما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا . وعن محمد التقدير بالحول من غير فصل لقوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه حولا من غير فصل » وجه الأوّل ما روى عن أبي بن كعب قال « وجدت مائة دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : عرفها حولا » والعشرة وما فوقها في معناها من حيث وجوب القطع في سرقة واستباحة الفرج بها ولا كذلك ما دونها .

فان جاء صاحبها وإلا تصدق بها إن شاء ، وإن شاء أمسكها ، فان جاء
وأمنى الصدقة فله ثوابه ، وإلا له أن يضمه ، أو يضم المسكين ،
أو يأخذها إن كانت باقية ، وأيهما ضمن لا يرجع على أحد ، ولا يتصدق
بها على غنى ، ويتنفع بها إن كان فقيرا ، وإن كانت شيئا لا يبقى عرفه
إلى أن يخاف فسادة ، ويعرفها في مكان الالتقاط وجميع الناس . وإن
كانت حقيرة كالنوى وقشور الرمان ينتفع به من غير تعريف ،
وللمالك أخذها ،

وروى الحسن عن أبي حنيفة إن كانت مائتي درهم فافوقها يعرفها حولا ، وفوق العشرة
إلى مائة درهم شهرا ، وفي العشرة جمعة ، وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام ، وفي درهم يوما ،
وإن كانت ثمرة ونحوها تصدق بها مكانها ، وإن كان محتاجا أكلها مكانها قدر لكل
لقطة على قدرها فكانه الأول سواء . والتعريف أن ينادى في الأسواق والشوارع
والمساجد : من ضاع له شيء فليطلب عندي . قال (فان جاء صاحبها وإلا تصدق بها إن
شاء) لإصالة الحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، لأن الواجب لإصالة إلى مالكه صورة
ومعنى ، فاذا تعدت الصورة يوصله إليه معنى وهو الثواب (وإن شاء أمسكها) لاحتمال
مجيء صاحبها (فان جاء وأمنى الصدقة فله ثوابه) لأنه ماله (وإلا له أن يضمه أو يضم
المسكين أو يأخذها إن كانت باقية) أما تضمينه فلائه سلم ماله إلى غيره بغير أمره ، وإذن
الشرع في ذلك لا يمنع الضمان كأكل مال الغير حال الخمصة . وأما تضمين المسكين فلائه
قبض ماله بغير أمره . وأما أخذها فلائه وجد عين ماله . قال (وأيهما ضمن لا يرجع على
أحد) أما الملتقط فلائه ملكها من وقت التصديق بالضمان فظهر أنه تصدق بماله ، وأما
الفقير فلائه عوض ما وصل إليه . قال (ولا يتصدق بها على غنى) لقوله عليه الصلاة
والسلام « فان لم يأت صاحبها فليصدق بها » والصدقة لا تكون على الغنى كالواجبات .
قال (ويتنفع بها إن كان فقيرا) كغيره من الفقراء ، ويعطيا أهله إن كانوا فقراء لما مر .
قال (وإن كانت شيئا لا يبقى) كاللحم واللبن والفواكه الرطبة ونحوها (عرفه إلى أن يخاف
فساده) ثم يتصدق به خوفا من الفساد وفيه نظر لصاحبها بالثواب دنيا وأخرى (ويعرفها
في مكان الالتقاط وجميع الناس) فهو أجدر أن يصل صاحبها . وسأل رجل عليا رضي
الله عنه فقال : اذهب حيث وجدت صاحبها فادفعها إليه وإلا فتصدق بها ،
فان جاء صاحبها فخير بين الأجر والقيمة . قال (وإن كانت حقيرة كالنوى وقشور
الرمان ينتفع به من غير تعريف) لأن رميها إباحة للأخذ دلالة . قال (وللمالك أخذها)
لأن الإباحة لا تسقط الملك عن العين خصوصا لغير معين ، وإن كان كثيرا لم يجز للملتقط

وَالسَّنْبُلُ بَعْدَ الْحَصَادِ إِذَا جَمَعَهُ فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ ، وَيَجُوزُ التَّقَاطُ الْإِبِلِ
وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِيهَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ كَانَ لَهَا
مَنْفَعَةٌ أَجَرَهَا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ بَاعَهَا
إِنْ كَانَ أَصْلَحَ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَلَهُ حَبْسُهَا حَتَّى يُعْطِيَهُ النِّفْقَةَ ، فَإِنْ
امْتَنَعَ بَيَعَتْ فِي النِّفْقَةِ ، فَإِنْ هَلَكَتْ بَعْدَ الْحَبْسِ سَقَطَتِ النِّفْقَةُ وَقَبِلَ
الْحَبْسَ لَا ؛ وَلَيْسَ فِي رَدِّ اللَّقْطَةِ وَالضَّالَّةِ وَالصَّيِّ الْحُرِّ شَيْءٌ وَاجِبٌ ؛

الانتفاع به . قال (والسنبل بعد الحصاد إذا جمعه فهو له خاصة) بدلالة الحال وعليه جميع
الناس في جميع البلاد . قال أبو يوسف : من ألقى شاة ميتة فجاء آخر فأخذ صوفها وجلدها
ودبغها فهو له ، فإن جاء صاحبها فله أخذ الصوف والجلد وعليه ما زاد الدباغ كالعاصب .
غريب مات في دار رجل ليس له وارث معروف وخلف مالا وصاحب المنزل فقير
فله الانتفاع به بمنزلة اللقطة . قال (ويجوز التقاط الإبل والبقر والغنم وسائر الحيوانات)
لأنه مال يتوهم ضياعه فيستحب أخذه ليرده على صاحبه صيانة لأموال الناس ، وما روى
أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن ضالة الإبل فقال : « مالك ولها عليها حذاؤها ومعهاسقاؤها ترد
الماء وترعى الشجر » . وسئل عليه الصلاة والسلام عن ضالة الغنم فقال : « هي لك أولأخيك
أو للذئب » فجوابه أن ذلك كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم حين كان الخوف من
الافراس لا من أخذ الناس ؛ أما اليوم كثر الفساد والحيانة وقلة الأديان والأمانة فكان
أخذه أولى . قال (وهو متبرع فيما أنفق عليها) لعدم ولايته على مالها إلا أن يأذن له
القاضي فيكون ديناً على صاحبها لعموم ولايته وفي ذلك نظر للمالك . قال (فإن كان لها
منفعة أجراها باذن الحاكم وأنفق عليها) لأن فيه بقاء الملك على مالكة من غير أن يلزمه
دين فكذلك حكم الآبق (وإن لم يكن لها منفعة باعها إن كان أصلح) وإن كان الأصلح
الإنفاق عليها أمر بذلك وجعلها ديناً على مالكة لأن ولايته نظرية . وللقاضي أن يأمره
بالنفقة عليها يومين وثلاثة رجاء محبىء صاحبها ، وبعد ذلك يبيعها لئلا تستأصلها النفقة فلا
نظر حينئذ في حقه . قال (فإن جاء صاحبها فله حبسها حتى يعطيه النفقة) لأنه استفاد الملك
من جهته لأنه صار هالكاً معنى وقد أحياء بنفقته فصار كالبائع (فإن امتنع بيعت
في النفقة) كالرهن لأن أمر القاضي كأمره ، فصار كأنه أنفق عليها وحبسها بأمره (فإن
هلكت بعد الحبس سقطت النفقة) كالرهن (وقبل الحبس لا) لأنها أمانة . قال (وليس
في رد اللقطة والضالة والصبي الحر شيء واجب) لأنه متبرع في الرد فإن أعطاه المالك
شيئاً فحسن ، بخلاف الآبق لأن جعله واجب نصاً لا قياساً . وعن الكرخي في اللقطة :
إذا قال من وجدها فله كذا فله أجر مثله لأنها إجارة فاسدة . وعن أبي يوسف :

وَمَنْ ادَّعَى اللُّقْطَةَ يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، فَاِنْ أُعْطِيَ عِلَامَتَهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ ، وَلِلْقُطَةِ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ .

كتاب الآبق

أَخْذُهُ أَفْضَلُ إِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ الضَّالُّ وَيَدْفَعُهُمَا إِلَى السُّلْطَانِ ، وَيُجْبَسُ الْآبِقُ دُونَ الضَّالِّ ، وَمَنْ رَدَّ الْآبِقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَبِحِسَابِهِ إِنْ نَقَصَتِ الْمُدَّةُ ،

لَوْ ضَاعَتِ اللَّقْطَةُ فَوَجَدَهَا آخِرَ لَا يَكُونُ الْأَوَّلُ خَصْمًا فِيهَا لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي الْإِلْتِقَاطِ وَلَيْسَ كَالْمُسْتَدْعِ ، لِأَنَّهُ حَفِظَ الْوَدِيعَةَ عَلَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهَا . قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى اللَّقْطَةَ يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ) لِأَنَّهُا دَعْوَى (فَاِنْ أُعْطِيَ عِلَامَتَهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ) لِحَوَازِ أَنَّهُ عَرَفَهَا مِنْ صَاحِبِهَا أَوْ رَأَاهَا عِنْدَهُ ، وَلِأَنَّهُ حَقَّ الْيَدِ كَالْمَلِكِ فَلَا تَسْتَحِقُّ إِلَّا بَيِّنَةً كَالْمَلِكِ إِلَّا أَنَّهُ يَحُوزُ لَهُ الدَّفْعُ عِنْدَ الْعِلَامَةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « فَاِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَوَكَّاهَا (١) فَادْعَهَا إِلَيْهِ » فَحَمَلْنَاهُ عَلَى الْإِبَاحَةِ جَمْعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » وَلَوْ صَدَقَ وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ ثُمَّ جَاءَ آخِرُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ فَلَهُ أَنْ يَضْمَنَ أَيُّهَا شَاءَ ، وَلَا يَرْجِعُ الْقَابِضُ عَلَى الدَّافِعِ ، وَإِنْ دَفَعَهَا بِقَضَاءٍ فَهُوَ مُجْبُورٌ فَيَرْجِعُ عَلَى الْقَابِضِ لِأَغْيَرِ . قَالَ (وَلِلْقُطَةِ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوَكَّاهَا ثُمَّ عَرَفَهَا سَنَةً » مُطْلَقًا ، وَلِأَنَّهُا لِقْطَةٌ ، وَفِي التَّصَدِّقِ بَعْدَ سَنَةٍ لِيَصَالَهَا إِلَى مَالِكِهَا بِقَدْرِ الْوَسْعِ عَلَى مَا تَقْدَرُ فَيُشْرَعُ وَتَأْوِيلُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الْحَرَمِ « لَا تَحِلُّ لِقُطَّتِهِ إِلَّا لِلْمُنْشَدِ » أَيْ لِمَعْرِفِ وَالتَّخْصِيصُ بِالْحَرَمِ لثَلَاثَةِ يَوْمٍ السُّقُوطُ طَمَعًا أَنَّهَا لِلْغُرَبَاءِ .

كتاب الآبق

وَهُوَ الْعَبْدُ الْهَارِبُ ، أَبَقَ الْعَبْدُ إِذَا هَرَبَ وَتَأَبَّقَ إِذَا اسْتَرَّ ، وَيُقَالُ : احْتَبَسَ الْآبِقُ إِذَا هَرَبَ وَاسْتَرَّ عَنْ مَوْلَاهُ احْتَبَسَ عَنْهُ . قَالَ (أَخْذُهُ أَفْضَلُ إِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ إِحْيَاءٌ لَهُ وَإِبْقَاءٌ لَهُ عَلَى مَلِكِهِ (وَكَذَلِكَ الضَّالُّ) وَقِيلَ تَرَكَ الضَّالُّ (٢) أَوَّلَى لِأَنَّهُ يَقِفُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ صَاحِبُهُ بِخِلَافِ الْآبِقِ . قَالَ (وَيَدْفَعُهُمَا إِلَى السُّلْطَانِ) لِعَجْزِهِ عَنْ حِفْظِهِمَا (وَيُجْبَسُ الْآبِقُ دُونَ الضَّالِّ) لِأَنَّهُ يَخَافُ إِبَاقَ الْآبِقِ دُونَ الضَّالِّ . قَالَ (وَمَنْ رَدَّ الْآبِقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَبِحِسَابِهِ إِنْ نَقَصَتِ الْمُدَّةُ) لِمَا رَوَى عَنْ

(١) قَوْلُهُ عِفَاصُهَا ، الْعِفَاصُ : بِكسْرِ الْعَيْنِ : الْوَعَاءُ . وَالْوَكَّاءُ بِكسْرِ الْوَاوِ : مَا يَرْبُطُ بِهِ أَهْلُ

(٢) قَوْلُهُ الضَّالُّ : أَيْ التَّائِهُ .

فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا فَلَهُ قِيَمَتُهُ إِلَّا دِرْهَمًا (س) ،
وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرُ كَالْقَيْنِ وَالصَّبِيُّ كَالْبَالِغِ ، وَيَتَّبَعِي أَنْ يُشْهَدَ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ
لِيَرُدَّهُ ، وَلَوْ أَبْقَى مِنْ يَدِهِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ، وَإِنْ كَانَ رَهْنًا فَالْجُعْلُ عَلَى
الْمُرْتَهِنِ ، وَإِنْ كَانَ جَانِيًا فَعَلَى مَوْلَاهُ إِنْ فَدَاهُ ، وَعَلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ إِنْ
أَعْطَاهُ لَهُ ، وَحُكْمُهُ فِي النِّفْقَةِ كَاللَّقِطَةِ .

عمرو بن دينار أنه قال : كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول « جعل الآبق أربعون درهما »
واجتمعت الصحابة على وجوب الجعل لكن اختلفوا في مقداره ، فنهى من قال أربعون
ومنهى من قال دونها ، فقلنا بوجوب الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فما دون توفيقا
بين أقوالهم رضى الله عنهم ، ولأن ذلك حامل على رد الآبق وصيانة له عن الضياع إذ
الحسبة قليلة ، وقوله في نقصان المدة بحسابه أنه مفوض إلى رأى الإمام ، وقيل يقسط لكل
يوم ثلاثة عشر درهما وثلاث فيقدر الرضخ بقدره وقيل باصطلاحهما . قال (فان كانت
قيمته أقل من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما) وقال أبو يوسف : له الجعل كاملا لأنه
منصوص عليه . ولهما أنه إنما شرع ذلك لمصلحة المالك فينقص من قيمته درهم لتحصل له
الفائدة . قال (وأم الولد والمُدَبَّرُ كَالْقَيْنِ) لأنهما في معناه من إحياء الملك (والصبي كالبالغ)
لأنه مثونة الملك ، ولورده أبوه أو وصيه فلا جعل لهما لأن الحفظ عليهما وهما يتوليان
ذلك ، وكذلك أحد الزوجين على الآخر ، وكذلك الابن لأن العادة جرت بالرد من هؤلاء
تبرعا واصطناعا ، ولورده عبد أبيه أو أخيه أو سائر قرابته لأجل له إن كان في عياله وإن
لم يكن فله الجعل ، ولو قال لغيره : أبقى عبدى إن وجدته فخذ فقال نعم فردة لأجل
عليه ، لأنه وعده برده فصار متبرعا . رد أمة ومعها ولدا فله جعل واحد إلا أن يكون
مراهما فيجب ثمانون درهما ، ولو صالح عن الجعل على عشرين درهما جاز ، ولو صالحه
على أكثر من أربعين يحط الفضل لأن المستحق أربعون فالزيادة ربا . قال (وينبغي أن
يشهد أنه يأخذه ليرده) على ما بينا في اللقطة من الاختلاف والتعليل . قال (ولو أبقى من
يده لا يلزمه شيء) لأنه أمانة لأنه مأذون له في أخذه ولا شيء له لأنه ماردة على مالكة .
قال (وإن كان رهنا فالجعل على المرتهن) لأنه وجب بجنابة الرهن وهى في ضمان المرتهن
ولأنه أحيا ماله وهى حقه ، وإن كان بعضه خاليا عن الدين فعلى المالك بقدره من الجعل
كما في الفداء في الجنابة ، ولأن حقه في القدر المضمون عليه ، ولو كان بغير جماعة فالجعل
عليهم بقدر الأنصاء لأنه مثونة الملك (وإن كان جانيا فعلى مولاة إن فداه ، وعلى ولي
الجنابة إن أعطاه له) لأن منفعتهم لمن يستقر الملك له والجعل يتبع المنفعة . قال (وحكمه
في النفقة) في التبرع وإذن القاضى وحسبه بها بعد الرد (كاللقطة) اشترى آبقا فردة

كتاب المفقود

وَحُكْمُهُ أَنَّهُ حَتَّى فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَمَيِّتٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، وَيُقِيمُ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَسْتَوْفِي غَلَاتِهِ فِيْمَا لَا وَكِيلَ لَهُ فِيهِ ، وَيَبِيعُ مِنْ أَمْوَالِهِ مَا يَخَافُ عَلَيْهِ الْهَلَاكَ ، وَيُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَالِ حُضُورِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ ،

لأجعل له لأنه عمل لنفسه ، وإن قال : لم أقدر على رده إلا بالشراء وإنما اشتريته لأرده وأقام البينة على ذلك فله الجعل لأنه أخذه ليرده وهو متبرع في الثمن ، وإذا حبس السلطان الآبق مدة ولم يجيء له طالب إن شاء باعه وإن شاء أنفق عليه من بيت المال وجعلها ديناً على المالك أو في ثمنه ، ولا يؤجره خوف الإباق . أما الضال يؤجره ولا يبيعه .

كتاب المفقود

المفقود : المعلوم ، وفقدت الشيء : إذا طلبته فلم تجده ، قال الله تعالى - قالوا نفقد صواع الملك - أي طلبناه فلم نجده فقد عدم . وفي الشرع : الذي غاب عن أهله وبلده أو أمره العدو ولم يدر أحيى هو أم ميت ، ولا يعلم له مكان ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار (وحكمه أنه حتى في حق نفسه) لاتزوج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته ، لأن ملكه كان ثابتاً في ماله وزوجته ومنافع ما استأجره ، وغيوبته لاتوجب الفرقة والموت محتمل ، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال . وقال عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود « هي امرأته حتى يأتيها البيان » رواه المغيرة بن شعبه . وعن علي رضي الله عنه : إنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق . وروى عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عمر كان يقول : يفرق بينه وبين امرأته إذا مضت أربع سنين ، ثم رجع إلى قول علي . قال (و) هو (ميت في حق غيره) لا يرث ممن مات حال غيبته لأن الحكم ببقائه بناء على استصحاب الحال وأنه يصلح للدفع للاستحقاق . قال (ويقوم القاضي من يحفظ ماله ويستوفي غلاته فيما لا وكيل له فيه ، ويبيع من أمواله ما يخاف عليه الهلاك) لأن القاضي نصب لمصالح المسلمين نظراً لمن عجز عن التصرف بنفسه كما قلنا في الصبي والمجنون ، والمفقود عاجز بنفسه فيتصرف له القاضي والنظر له فيما ذكرنا فيقبض ديناً أقر به الغريم ولا يخاصم لأنه وكيل في القبض من جهته وأنه لا يملك الخصومة بالإجماع ، لأن القاضي يلى الحفظ دون الخصومة ، ولا يبيع ما لا يخاف عليه الهلاك لافي نفقة ولا غيرها إذ لا نظر في ذلك . قال (وينفق من ماله على من تجب عليه نفقته حال حضوره بغير قضاء) كزوجته

فَإِنْ مَضَى لَهُ مِنْ الْعُمُرِ مَا لَا يَبْعِيشُ أَقْرَانَهُ حُكِمَ بِمَوْتِهِ .

كتاب الخنثى

إِذَا كَانَ لَهُ آلَةٌ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، فَإِنْ بَالَ مِنْ أَحَدِهِمَا اعْتُبِرَ بِهِ ، فَإِنْ بَالَ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلَامٌ ، وَإِنْ بَالَ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى ، وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا اعْتُبِرَ بِأَسْبَقِهِمَا ،

وأولاده وأبويه لأنه إعانة لهم ، وكل من لا يستحقها بحضرتها إلا بقضاء فانه لا ينفق عليه كالأخ والأخت ونحوهما لأنه قضاء على الغائب ، والمراد بقوله : من ماله التقدان لأنهما قيمة ما يستحقون من المطعم والمشروب والملبوس ، ولو كان له من جنس ما يستحقونه دفعه إليهم ، وإن كان ماله ديناً أو وديعة ، فإن اعترف المديون والمودع بالمال والزوجة والنسب أنفق عليهم منه ، وإن كان ذلك ثابتاً عند القاضي فلا حاجة إلى اعترافهم ، وإن ثبت عند القاضي بعض ذلك يشترط اعترافهما بالباقي ، ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضي ضمنا لأنهما ما أوصلا الحق إلى مالكه ولا نائبه . قال (فإن مضى له من العمر ما لا يبعش أقْرانه حكم بموته) وهو الأقْبَس على قول أبي حنيفة لاختلاف الأعمار باختلاف الأزمان . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قلده بمائة وعشرين سنة . وعن أبي يوسف مائة سنة ، وقيل تسعين سنة ، وهو غاية ما تنهى إليه أئمة أهل زماننا في الأعم الأغلب ، وهو الأرفق لأن في التفحص عن موت الأقران حرجاً ، وباقى مسائل المفقود تأتي في الفرائض إن شاء الله تعالى .

كتاب الخنثى

وهو مشتق من التخنث وهو التكسر ، يقال : اطو الثوب على أخنائه : أى على تكسره ومطاويه ، وسمى الخنثى لأنه تكسر وتنقص حاله عن حال الرجال ، ويفوق على حال النساء حيث كان له آلة الرجال والنساء . وقال عمر النسفي : أو ليس له هذا ولا هذا ويخرج حديثه من دبره أو من سرتة . وذكر في المتن قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا خرج البول من سرتة وليس له قبل ولا ذكر لأدري ما يقول في هذا (إذا كان له آلة الرجل والمرأة ، فإن بَالَ مِنْ أَحَدِهِمَا اعتبر به ، فإن بَالَ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلَامٌ ، وَإِنْ بَالَ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى) لأن ذلك دليل على أن الآلة التي يخرج منها هي الأصل والأخرى عيب ومثل صلى الله عليه وسلم عنه كيف يورث ؟ فقال : « من حيث يبول » ومثله عن علي رضي الله عنه وهكذا كان حكمه في الجاهلية فأقره الإسلام . قال (وإن بَالَ مِنْهُمَا اعتبر بأَسْبَقِهِمَا)

قَالَ بَالٍ مِنْهُمَا مَعَا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكَلٌ ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْكَثَرَةِ (سم) ، فَإِذَا بَلَغَ فَظَهَرَتْ لَهُ أُمَارَاتُ الرِّجَالِ فَهُوَ رَجُلٌ ، وَإِنْ ظَهَرَتْ لَهُ أُمَارَاتُ النِّسَاءِ فَهُوَ امْرَأَةٌ ، فَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ الْأُمَارَتَانِ أَوْ تَعَارَضَتَا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكَلٌ .

فَإِذَا حُكِمَ بِكَوْنِهِ خُنْثَى مُشْكَلًا يُؤْخَذُ فِيهِ بِالْأَحْوَطِ وَالْأَوْثَقِ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ فَيُورَثُ أَحْسَنُ السَّهْمَيْنِ وَيَقِفُ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فِي الصَّلَاةِ ، وَإِنْ صَلَّى فِي صَفِّ النِّسَاءِ أَعَادَ ، وَلَوْ صَلَّى فِي صَفِّ الرِّجَالِ يُعِيدُ مَنْ عَنْ يَمِينِهِ وَيَسَارِهِ وَمَنْ خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ ، وَيُصَلِّي بِقِنَاعٍ ، وَلَا يَلْبَسُ الْحُلَى وَالْحَرِيرَ ، وَلَا يَخْلُو بِهِ غَيْرُ مُحْرَمٍ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ ، وَلَا يُسَافِرُ بِغَيْرِ مُحْرَمٍ ، وَتُبْتَاعُ لَهُ أُمَةٌ تُخْتَنُهُ ،

لأنه دلالة على أنه العضو الأصلي (فان بال منهما معا فهو خنثى مشكل ولا معتبر بالكثرة) وقال : يعتبر أكثرهما بولا ، لأن للأكثر حكم الكل ولأنه علامة أخرى على الأصالة والقوة ، وله أن الكثرة تكون لاتساع المخرج ، ولا دلالة فيه على الأصالة فان استويا في القدر فهو مشكل بالإجماع لعدم المرجح . قال (فاذا بلغ فظهرت له أمارات الرجال فهو رجل) وذلك كاللحية ومجامعة النساء والاحتلام من الذكر لأن هذه علامة تخص الرجال (وإن ظهرت له أمارات النساء فهو امرأة) كالحيض والحبل ونزول الثدي واللبن فيه والجماع في الفرج لأن هذه علامات تخص النساء . قال (فان لم تظهر الأمارتان أو تعارضتا فهو خنثى مشكل) قال الطحاوى : قال محمد : الإشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا إشكال . قال النسفي : وليس يخلو إذا بلغ من بعض هذه العلام .

فصل

(فاذا حكم بكونه خنثى مشكلا يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق من أمور الدين) فلا يحكم بما وقع الشك في ثبوته ، ويرجح المحرم على المباح (فيورث أحسن السهمين) ويعرف بيانه في الفرائض إن شاء الله تعالى (ويقف بين صف الرجال والنساء في الصلاة) لأنه إن كان رجلا لا يجوز وقوفه في صف النساء لثلاث تفسد صلاته ، ولو كان امرأة لا يجوز وقوفها في صف الرجال لثلاث تفسد صلاتهم فيقف بينهما . قال (وإن صلى في صف النساء أعاد) لجواز أن يكون رجلا (ولو صلى في صف الرجال يعيد من عن يمينه ويساره ومن خلفه بحذائه) لاحتمال أنه امرأة . قال (ويصلى بقناع) لاحتمال أنه امرأة ، ويجلس كما تجلس المرأة (ولا يلبس الحلى والحريز) لاحتمال أنه رجل (ولا يخلو به غير محرم رجل ولا امرأة ، ولا يسافر بغير محرم) احتياطا . قال (وتبتاع له أمة تختنه) لأنه لا يجوز أن يختنه

فَإِذَا خَتَنَتْهُ بِاعِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يَسْتَبِنْ حَالَهُ يُمِّمَ ، ثُمَّ يَكْفَنُ وَيُدْفَنُ كَالْجَارِيَةِ .

كتاب الوقف

وَهُوَ حَبْسٌ عَلَى مِلْكٍ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ حَاكِمٌ (سمف) ، أَوْ يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ ،

رجل ولا امرأة لما بينا ، ويجوز لجاريته النظر إلى فرجه رجلاً كان أو امرأة (فإذا ختنته باعها) لاستغنائه عنها (وإن لم يكن له مال فن بيت المال) لأنه لمصالح المسلمين ، وإذا كان صغيراً لا يشتهي جاز ختانه للرجل وللأمرأة ، وعن أبي حنيفة أنه يزوج امرأة ، فإن كان رجلاً صَحَّ النكاح وحلَّ لها النظر إلى فرج زوجها ، وإن كان امرأة فلا نكاح ، لكن يجوز للمرأة النظر إلى فرج المرأة للضرورة ، ولا يرث الخنثى من مولى أبيه لاحتمال أنه أنثى ولو أوصى لحمل فلانة بألف إن كان ذكراً وبخمسة إن كان أنثى فولدت خنثى فله خمسة احتياطاً إلا أن يتبين غير ذلك . وإن قتله قاتل خطأ وقال إنه أنثى فالقول قوله لإنكاره الزيادة ولا قصاص في أطرافه أصلاً ، ولو ارتدَّ لا يقتل ولا يدخل في القسامة ولا تقرر عليه الجزية لو كان كافراً ، ولو أسر لا يقتل لاحتمال أنه أنثى ولا يحدُّ قاذفه لأنه إن كان رجلاً فهو كالمحبوب ، وإن كان امرأة فهي كالرتقاء ، ولا يحدُّ قاذفهما لأن الحدَّ لنفى التهمة وهي منتفية عنهما ، ولو قال لامرأته : إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فامرأته طالق أو فعبده حرّاً فولدت خنثى لا يبحث ما لم يستبين أمره . ولو قال : كل عبد له حرٌّ ، أو كل أمة له حرّة لا يعتق الخنثى حتى يستبين أمره ، ولو بان أحد الأمرين عتق للتيقن (وإذا مات ولم يستبين حاله يمم ثم يكفن) لأنه لا يجوز غسله للرجال ولا للنساء احتياطاً فقد تعذر غسله فيمم ، وإذا اجتمعت الجنائز جعلت جنازته بين جنازة الرجل والمرأة لما مر في الصلاة في حياته (ويدفن كالجارية) احتياطاً .

كتاب الوقف

الوقف في اللغة : الحبس ، يقال : وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها ، ومنه الموقف لأن الناس يوقفون فيه : أى يحبسون للحساب . وفي الشرع : حبس شيء معلوم بصفة معلومة على ما نبيته إن شاء الله تعالى (وهو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ، ولا يلزم إلا أن يحكم به حاكم ، أو يقول : إذا مت فقد وقفته) وأجمعت الأمة على جواز أصل الوقف ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام تصدق بسبع حوائط

في المدينة ، وكذلك الصحابة وقفوا ، والخليل صلوات الله عليه وقف وقوفا هي باقية جارية إلى يومنا. وإنما اختلفوا في كيفية جوازه ، قال أبو حنيفة وزفر : شرط جوازه أن يكون موصى به ، أو يقول : إذا مت فقد وقفته حتى لو لم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه يجوز بيعه ويورث عنه إلا أن يجزئه الورثة فيصير جائزا ويتأبد ، ولو قضى القاضي بلزومه لزم ونفذ لأنه قضاء في مجتهد ولم يكن لغيره إبطاله . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يشترط لجوازه شيء من ذلك ، وهذا بناء على أن الوقف عنده حبس العين على ملكه عملا بمقتضى قوله وقف والتصدق بثمرته وغلته المعلوم على المساكين ، ولا يصح التصديق بالمعلوم إلا بالوصية ، وعندهما هو إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى وجعله محبوسا على حكم ملك الله تعالى على وجه يصل نفعه إلى عباده ، فوجب أن يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالى ويصير محررا عن التملك ليستديم نفعه ويستمر وقفه للعباد . لهما أن الحاجة ماسة إلى لزوم الوقف ليصل ثوابه إليه على الدوام ، وأنه ممكن باسقاط ملكه وجعله لله تعالى كالمسجد فيجعل كذلك . قال النسفي : وكان أبو يوسف يقول بقول أبي حنيفة حتى دخل بغداد فسمع حديث عمر فرجع عنه وقال : لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع إليه ، وهو ما رواه محمد بن الحسن عن صفير بن جويرية عن نافع عن ابن عمر « أن عمر رضى الله عنه كان له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا ، فقال عمر : يا رسول الله إني استفدت مالا نفيسا أفأتصدق به ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن تنفق ثمرته على المساكين ، فتصدق به عمر رضى الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوى القربى » ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقا له غير متائل . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لا حبس عن فرائض الله » وعن شريح جاء محمد ببيع الحبيس . وعن عبد الله بن زيد « أنه تصدق بضيعة له ، فشكاه أبوه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له : ارجع في صدقتك » ولأن شرائط الواقف تراعى فيه ، ولو زال عن ملكه لم تراعى كالمسجد ، ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائما ، ولا ذلك إلا ببقاء العين على ملكه ، ثم عند محمد لصحة الوقف أربعة شرائط : التسليم إلى المتولى ، وأن يكون مفرزا ، وألا يشترط لنفسه شيئا من منافع الوقف ، وأن يكون مؤبدا بأن يجعل آخره للفقراء . لما روى عن عمر وابن عباس ومعاذ رضى الله عنهم أنهم قالوا : لا تجوز الصدقة إلا محوزة مقبوضة ، ولأن التملك حقيقة من الله لا يتصور لأنه مالك الأشياء ، وإنما يثبت ذلك ضمنا للتسليم إلى العبد كالزكاة ، ولأنه متى كان له شيء من منافع الوقف لم يخلص لله تعالى . وقال أبو يوسف : شيء من ذلك ليس بشرط لأنه إسقاط وصار كالإعتاق ، وأخذ مشايخ خراسان بقول أبي يوسف ترجيبا

وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْمُشَاعِ (س) ، وَإِنْ حُكِمَ بِهِ جَازٌ ، وَلَا يَجُوزُ حَتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ لِحِمَّةٍ لَا تَنْقَطِعُ (س) أَبَدًا ، وَيَجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْمَنْقُولِ (س) ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ جَوَازُ وَقْفِ مَا جَرَى فِيهِ التَّعَامُلُ كَالْفَأْسِ وَالْقُدُومِ وَالْمِنْشَارِ وَالْقُدُورِ وَالْحِنَاظَةِ وَالْمَصَاحِفِ وَالْكِتَابِ ،

للناس في الوقف . قال الخصاص : ذكر الوقف ذكر التأيد عند أبي يوسف . وعند محمد لا بد من ذكره . قال القاضي أبو عاصم : قول أبي يوسف أقوى لمقاربة بين الوقف والملك إذ في كل واحد منهما معنى التملك وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار ، وبه أخذ مشايخ بخارى . قال (ولا يجوز وقف المشاع) عند محمد لما ذكرنا من الأثر ولأن القبض عنده شرط ، ويجوز عند أبي يوسف لأن القسمة من تمام القبض وليس بشرط عنده (وإن حكم به جاز) بالإجماع لما مر ، وإن طلب الشريك القسمة يقسم لأنها لإفراز وإن كان فيها معنى المبادلة ، إلا أننا غلبنا جهة الإفراز نظرا للوقف ، فإن كان الشريك غير الواقف يقاسمه ، لأن الولاية له ، وإن كان هو يقاسمه القاضي لثلاثي الطرفين ، ولا يجوز أخذ الدراهم للوقف لأنه يصير بيعا للوقف ، ويجوز أن يعطيه دراهم من الوقف لأنه يصير مشتريا للوقف وما لا يحتمل القسمة يجوز مع الشيوع عند محمد اعتبارا بالصدقة والهبة ، ولا يجوز الشيوع في المسجد والمقبرة بالإجماع ، لأن الشركة تنافي الخلوص لله تعالى والهايو فيها قبيح بأن يصلى فيه يوما ويسكن يوما ويدفن فيه شهرا ويزرع شهرا ، بخلاف غيرها من الوقوف لأن الاستغلال ممكن غير مستبشع . قال (ولا يجوز حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا) وقال أبو يوسف : يجوز لأن المقصود التقرب إلى الله تعالى وأنه يحصل بجهة تنقطع . ولهما أن موجه زوال الملك بدون التملك وذلك بالتأيد كالتعق فاذا لم يتأبد لم يتوفر عليه موجه ولهذا يبطل التوقيت كما يبطل البيع . ثم قيل التأيد شرط بالإجماع إلا أن محمدا اشترط ذكره لأنها صدقة بالمنفعة أو بالقلعة ، وقد يكون مؤقتا ويكون مؤبدا كما في الوصية ، ولا يتعين التأيد إلا بالتنصيص . وعند أبي يوسف لا يحتاج إلى ذكره ، لأن ذكر الوقف ينبي عنه كما ذكره الخصاص . قال (ويجوز وقف العقار) لما مر من النصوص والآثار (ولا يجوز وقف المنقول) وقال أبو يوسف : إذا وقف ضيعة بقرها وأكرتها وهم عبيده جاز للتبعية وكذلك وقف الدولا ب ومعه سائنته وعليها جبل ودلو . ولو وقف بيتا فيه كؤارة غسل جاز وصار النحل تابعا للغسل . ولو وقف دارا فيها حمام صار الحمام تبعا له ، وهذا لأن من الأحكام ما يثبت تبعا ولا يثبت مقصودا كالشرب في بيع الأرض والبناء في الشفعة (وعن محمد جواز وقف ما جرى فيه التعامل كالفأس والقُدوم (١) والمنشار والقلدور والحناسة والمصاحف والكتب)

بِخِلَافٍ مَا لَا تَعَامَلُ فِيهِ ، وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ، وَيَجُوزُ حَبْسُ
الْكِرَاعِ وَالسَّلَاحِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَقْفِ وَلَا تَمْلِيكُهُ ، وَيَبْدَأُ مِنْ ارْتِفَاعِ
الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْهَا الْوَاقِفُ ، فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَنَى عَمْرِهِ
مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى فَقْرَاءَ فَلَا تُقَدَّرُ عَلَيْهِمْ ، فَإِنْ أَبَى أَوْ كَانَ فَقِيرًا
أَجَرَهَا الْقَاضِي وَعَمَرَهَا بِأُجْرَتِهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى ، وَمَا انْهَدَمَ
مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ صُرِفَ فِي عِمَارَتِهِ ،

لوجود التعامل في هذه الأشياء وبالتعامل يترك القياس كما في الاستصناع .
قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (بخلاف ما لا تعامل
فيه) كالثياب والأمتعة ، لأن من شرط الوقف التأيد كما بينا تركناه في السلاح والكراع
بالنص ، وفيما جرى فيه التعامل بالتعامل فبقى ما وراه على الأصل (والفتوى على قول
محمد) لحاجة الناس وتعاملهم بذلك . قال (ويجوز حبس الكراع والسلاح) أى وقفه
في سبيل الله ، لأن خالد بن الوليد وقف دروعا في سبيل الله وأجازه رسول الله صلى الله
عليه وسلم وجعل رجل ناقته في سبيل الله فأراد آخر أن يحجج عليها فسأل رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن ذلك فقال الحج من سبيل الله ، وطلحة حبس سلاحه وكراعه في سبيل الله :
أى خيله ، والإبل كالخيل لأن العرب تقاتل عليها وتحمل عليها السلاح . قال (ولا يجوز
بيع الوقف ولا تملكه) لما مر من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه يبطل التأيد والمقصود
من الوقف التأيد . قال (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته وإن لم يشترطها الواقف)
تحصيلًا لمقصوده ، فانه قصده وصول الثواب إليه بوصول المنفعة أو الغلة إلى الموقوف
عليه على الدوام وذلك ببقاء أصله وإنه بالعمارة فكانت العمارة شرطا لمقتضى الوقف (فان
كان الوقف على غنى عمره من ماله) ليكون الغنم بالغرم لأنه معين يمكن مطالبته (وإن كان
على فقراء فلا تقدر عليهم) وغلة الوقف أقرب أموالهم فيجب فيها ، وإن وقف داره على
سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضممان كفقة العبد الموصى بخدمته
(فإن أبى أو كان فقيرا أجرها القاضي وعمرها بأجرتها ثم رَدَّها إلى من له السكنى) رعاية
للحقين لأنه لو لم يعمرها نفوت السكنى أصلا فيفوت حقهم في السكنى وحق الواقف
في الثواب ، ولا يكره الممتنع عن العمارة لأنه يتلف مال نفسه ، ولا يكون بامتناعه راضيا
ببطلان حقه لأنه في حيز التعارض ثم المستحق من العمارة بقدر ما يبقى الموقوف على ما كان
عليه ، وكذلك لو خرب يبنى كما كان ، لأن بتلك الصفة كانت غلته مصروفة إلى الموقوف
عليه فلا حاجة فيه إلى الزيادة ، ومن له السكنى لا يجوز إيجارته لعدم ملكيته . قال (وما
انهدم من بناء الوقف وآلته صرف في عمارته) مثل الآجر والخشب والقار والأحجار ليعنى

فَإِنْ اسْتُغْنِيَ عَنْهُ حُبْسَ لَوَقْتِ حَاجَتِهِ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ إِعَادَةُ عَيْنِهِ بَيْعَ ، وَيُصْرَفُ الثَّمَنُ إِلَى عِمَارَتِهِ ، وَلَا يَقْسِمُهُ بَيْنَ مُسْتَحَقِّي الْوَقْفِ ؛ وَيُجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الْوَاقِفُ غَلَّةَ الْوَقْفِ أَوْ بَعْضَهَا لَهُ وَالْوَلَايَةَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَأْمُونٍ نَزَعَهُ الْقَاضِي مِنْهُ وَوَلَّى غَيْرَهُ ؛ وَمَنْ بَقِيَ مَسْجِدًا لَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يُفَرِّزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأْذَنَ بِالصَّلَاةِ فِيهِ (س) .

على التأييد (فإن استغنى عنه حبس لوقت حاجته) فيصرف فيها لأنه لا بد من العمارة فيحبسه كيلا يتعذر عليه وقت الحاجة (وإن تعذر إعادة عينه بيع ويصرف الثمن إلى عمارته) صرفا له إلى مصرف الأصل (ولا يقسمه بين مستحقى الوقف) لأن العين حق الله تعالى وهذا منها فلا يصرف إليهم غير حقهم . قال (ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها له والولاية إليه) وقد مر وجهه والاختلاف فيه (فإن كان غير مأمون نزعه القاضي منه وولى غيره) نظرا للفقراء كإخراج الوصى نظرا للصغير ، وإن شرط أن ليس للقاضي عزله فالشرط باطل لمخالفته حكم الشرع ، وإن مات القيم في حياة الواقف نصب غيره لأن الولاية له ووصيه بمنزلته ، لأن ولايته للوقف نظرية وهى فيما ذكرنا فإن كان لم يوص إلى أحد فالرأى للقاضي ، ولا يجعل القيم من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك إما لأنه أشفق أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا ، فإن لم يجد فن الأجانب من يصلح ، فإن أقام أجنيا ثم صار من ولده من يصلح صرفه إليه كما في حقيقة الملك . أرباب الوقف المعدودون إذا نصبوا متوليا بدون رأى القاضي صح إذا كانوا من أهل الصلاح كما إذا اجتمع أهل مسجد على نصب متولٍ جاز لأن الحق لهم . قال (ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه) لأنه لم يخلص لله تعالى إلا به . قال (ويأذن بالصلاة فيه) عند أبى حنيفة ومحمد لأنه تسليم وهو شرط عندهما ، وعند أبى يوسف بصير مسجدا بمجرد قوله جعلته مسجدا ، لأن التسليم ليس بشرط كالإعتاق والفرق لهما أن العبد في يد نفسه ولا كذلك المسجد ، والتسليم أن يصلى فيه جماعة في رواية الحسن ، لأن المساجد بنيت للجماعة ، ولو صلى فيه واحد أو جماعة وحدانا في رواية لا يصح ، وهو قول محمد لما بينا ، وفي رواية يصح لأنه من خصائص المساجد وبها يتحرر عن حقوق العباد ، قال الله تعالى - وأن المساجد لله - أضافها إلى نفسه إضافة اختصاص كالكعبة ، ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار ولا تعيينه الإمام ولا من يصلى فيه ، بخلاف غير المساجد حيث بقى مملوكا ينتفع به كسائر المملوكات سكنى وزراعة حتى لو لم يخلص المسجد لله تعالى بأن كان تحت سرداب أو فوقه بيت ، أو جعل وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه لا يصير مسجدا ويورث عنه ، إلا إذا كان السرداب أو العلو لمصالح

وَمَنْ بَنَى سِقَايَةَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ حَوْضًا أَوْ حَفْرًا
بِتْرًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً أَوْ طَرِيقًا لِلنَّاسِ لَا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَحْكَمْ بِهِ حَاكِمٌ
أَوْ يُعْلَقَهُ بِمَوْتِهِ ، وَالْوَقْفُ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ . رِبَاطٌ اسْتُغْنِيَ عَنْهُ يُصْرَفُ
وَقْفُهُ إِلَى أَقْرَبِ رِبَاطٍ إِلَيْهِ ، وَلَوْ ضَاقَ الْمَسْجِدُ وَبِجَنْبِهِ طَرِيقٌ الْعَامَّةُ يَوْسَعُ
مِنْهُ الْمَسْجِدُ ، وَلَوْ ضَاقَ الطَّرِيقُ وَسِعَ مِنَ الْمَسْجِدِ .

المسجد أو كانا وقفا عليه ، وعن محمد أنه لما دخل الرى أجاز ذلك بكل حال لضيق
النازل . وعن أبي يوسف مثله لما دخل بغداد ؛ ولو خرب ما حول المسجد وتفرق الناس
عنه يعود ملكا ويورث عنه عند محمد خلافا لأبي يوسف . وذكر بعضهم قول أبي حنيفة
مع أبي يوسف وبعضهم مع محمد . قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا لأبناء السبيل
أو رباطا أو حوضا أو حفر بئرا أو جعل أرضه مقبرة أو طريقا للناس) فعند أبي حنيفة
(لا يلزم ما لم يحكم به حاكم أو يعلقه بموته) على ما تقدم من أصله ، لأنه لم ينقطع حقه عنه
حتى جاز له أن يستق وي سكن ويدفن ويشرب من الحوض ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق
له فيه حق . وعند أبي يوسف يلزم بالقول لما تقدم إذ التسليم ليس بمشروط . وعند
محمد بشرط التسليم ، وهو الاستقاء من السقاية والبئر والدفن في المقبرة والزول في الخان
والرباط والشرب من الحوض ويكتفى فيه بفعل الواحد لتعذر الجنس ، ولو نصب له متول
وسلمه إليه جاز لأنه نائب عن الموقوف عليهم ، وكذلك إن سلم المسجد إلى متول يقوم
بمصالحه يجوز ، وإن لم يصل فيه هو الصحيح ، وكذا إن سلمه إلى القاضي أو نائبه ،
ويستوى في ذلك الفقراء والأغنياء عرفا لحاجة الكل إلى ذلك . قال (والوقف في المرض
وصية) لأنه تبرع فصار كسائر التبرعات . قال (رباط استغنى عنه يصرف وقفه إلى أقرب
رباط إليه) لأنه أصلح . رباط على بابه قطرة ولا ينتفع بالرباط إلا بالعبور عليها وليس لها
وقف يجوز أن تعمر بما فضل من وقف الرباط لأنها مصلحة العامة (ولو ضاق المسجد
وبجانبه طريق العامة يوسع منه المسجد) لأن كليهما للمسلمين نص عليه محمد (ولو ضاق
الطريق وسع من المسجد) عملا بالأصلح ، ويجوز القضاء بالشهادة القائمة على الوقف من
غير دعوى لأنه من حقوق الله تعالى فلا تحتاج إلى مدع وهو مجتهد فيه فينفذ بالإجماع .

فصل

وقف على الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة إن وقف في صحته يجوز الصرف إليها وفي
مرضه لا لأنه بمنزلة الهبة . اشترى القيم ثوبا وأعطى المساكين لا يجوز ، لأن حقهم
في الدراهم . إذا غرس القيم في المسجد فهو للمسجد كالبناء ، وإن غرس على نهر العامة

فهو له ، وله أن يرفعه لأنه ليس له ولاية على العامة ، ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم لأنه ليس بقربة ولا يستجلب الثواب وصار كالصدقة ، ولو وقف على الأغنياء وهم يحصون ثم من بعدهم على الفقراء جاز ، ويكون كما شرط لأنه قربة في الجملة بأن انقرض الأغنياء . ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء يدخل فقراء قرابته وأولاده ، وصرف الغلة إليهم أولى من صرفها إلى الأجانب لأنه صدقة وصلة ، ثم للصرف إلى ولده أفضل لأن الصلة في حقه أوجب وأجزل ، ثم إلى قرابته ، ثم إلى مواليه ، ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مصره أقربهم منزلاً إلى الواقف ، هكذا ذكره هلال بن يحيى الرازي : وينبغي أن يعطى الكل في بعض الأوقات ، لأنه إذا صرف الكل إليهم دائماً وقدم العهد ربما اتخذوه ملكاً لأنفسهم ، ويكره أن يعطى كل فقير مائتي درهم لأنها صدقة فأشبهت الزكاة ، ولا يكره ذلك إذا قال على فقراء قرابته لأنه كالوصية : وإذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه ولد صلبه وولد ولده الموجودين يوم الوقف وبعده ، ويشترك البطنان في الغلة ، ولا يدخل من كان أسفل من هذين البطين لأنه خصهما بالذكر ؛ وفي دخول أولاد البنات روايتان تذكر في الوصايا إن شاء الله تعالى . ولو قال على ولدي وولد ولدي ؛ وأولادهم تدخل البطون كلها وإن سفلوا ، الأقرب والأبعد فيه سواء لأنه ذكر أولادهم على العموم ، ولو قال على أولادي يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ، ولكن يقدم البطن الأول فإذا انقرض فالثاني ، ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم ، لأن المراد صلة أولاده وبرهم ، والإنسان يقصد صلة ولده لصلبه لأن خدمته إياه أكثر وهم إليه أقرب فكان عليه استحقاقه أرجح ، ثم النافلة قد يخدمون الجدة فكان قصد صلتهم أكثر ، ومن عدا هذين قل ما يدرك الرجل خدمتهم فيكون قصده برهم وصلتهم لنسبتهم إليه لا لخدمتهم له ، وهم في النسبة إليه سواء فاستووا في غلة الاستحقاق . وقف على فقراء قرابته فن أثبت القرابة والفقر بالبينة يستحق وإلا فلا ، والبينة على القرابة إن لم يفسروها لا تقبل الشهادة لتنوع القرابة واختلافها ، كما إذا شهدوا أنه وارث لا تقبل ما لم يفسروا جهة الإرث ، والبينة على الفقر لا تسمع ما لم يقل الشهود : إنه فقير معدم لا نعلم له مالا ولا أحدا تلزمه نفقته ، لأن كل من له نفقة على غيره بغير قضاء لا حظ له في هذا الوقف كالولد الصغير ونحوه لأنهم يأخذون النفقة فيصIRON بها أغنياء ، ومن لا يستحق النفقة إلا بقضاء كالإخوة ونحوهم له حظ في هذا الوقف ، والقضاء بفقره في الوقف لا يكون قضاء بفقره في حق الدين ، والقضاء لفقره في حق الدين قضاء بفقره في حق الوقف ، لأن من له مسكن وخادم وعروض الكفاية فقير في حق الوقف دون الدين ، ولو قال على أقرب قرابتي فبنت

بفت البنت أولى من الأخخت لأبوين لأنها من صلبه والأخت من صلب أبيه ولا يعتبر الإرث.

فصل

لا تجوز إجارة الوقف أكثر من المدة التي شرطها الواقف ، لأنه يجب اعتبار شرط الواقف لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم ولا يخرج إلا بشرطه ، فان لم يشترط مدة فالمقدمون من أصحابنا قالوا : يجوز إجارته أى مدة كانت ، والمتأخرون قالوا : لا يجوز أكثر من سنة لئلا يتخذ ملكا بطول المدة فتندرس سمة الوقفية ويتسم بسمة الملكية لكثرة الظلمة في زماننا ، تغلبهم واستحلهم ، وقيل يجوز في الضياع ثلاث سنين وفي غير الضياع سنة وهو المختار ، لأنه لا يرغب في الضياع أقل من ذلك ، ولا تجوز إجارته إلا بأجر المثل دفعا للضرر عن الفقراء ، فلو آجره ثلاث سنين بأجرة المثل ثم ازدادت لكثرة الرغبات لاتنقض الإجارة ، لأن المعتبر أجر المثل يوم العقد ، وليس للموقوف عليه إجارة الوقف إلا أن يكون وليا من جهة الواقف أو نائبا عن القاضي ، وإذا آجره القاضي أو نائبه أو الولي لاتنفسخ الإجارة بموته ، لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم ، والعقود لاتنفسخ بموت الوكيل ، ولو سكنه الموقوف عليه إن شرط الواقف السكنى له فله ذلك ، وإن شرط الغلة له ، قيل ليس له ذلك ، وقيل له لأن له أن يسكنها غيره بالإجارة فهو أولى ، والأحوط أن يؤجرها القيم من غيره ويعطيه الأجرة ، ولا يجوز إعارة الوقف وإسكانه لأن فيه إبطال حق الفقراء ، ولا يصح رهنه فان سكنه المرتهن يجب عليه أجر مثله ، وكذا لو باع المتولى منزلا موقوفا فسكنه المشتري ، ثم فسخ البيع فعلى المشتري أجر مثله والفتوى في غصب عقار الوقف وإتلاف منافعه وجوب الضمان نظرا للوقف وهو المختار ، ولو استدان القيم للخراج والجنايات إن أمره الواقف بذلك جاز ، وإن لم يأمره فالأصح أنه إن لم يكن له بد من ذلك يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة قيم اشترى من غلة المسجد حانوتا للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة لأنه من غلة الوقف وليس بوقف ، لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط ولم توجد فيه . رجل وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم فسكنها متعلم لا يبيت فيها جاز له ذلك إن كان يأوى في بيت من بيوتها ، وله فيه آلة السكنى لأنه يعد ساكنا فيه ، ولو اشتغل بالليل بالحراسة وبالنهار يقصر في التعليم ، فان كان مشغلا بعمل آخر لا يعد به من طلبة العلم لا يحل له ذلك ، وإن لم يشتغل وهو يعد من طلبة العلم حل ؛ ولو وقف على ساكني مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم فهو الأوّل سواء لأن التعارف في ذلك إنما هو طلبة العلم دون غيرهم ، ومن كان يكتب الفقه لنفسه ولا يتعلم فله الوظيفة

كتاب الهبة

وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ ، فَإِنْ قَبَضَهَا فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ جَازٌ ، وَبَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ،

لأنه متعلم ، وإن كتب لغيره بأجرة لا يحل له ، وإن خرج من المصر مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا لا وظيفة له لأنه لم يبق ساكنا ، وإن خرج ما دون ذلك إلى بعض القرى وأقام خمسة عشر يوما فلا وظيفة له ، فإن أقام أقل من ذلك فإن كان لا بد له منه كطلب القوات ونحوه فله الوظيفة ، وإن خرج للتنزه لا يحل له .

كتاب الهبة

وهي العطية الخالية عن تقدم الاستحقاق ، يقال : وهبته ووهبت منه ، قال تعالى - يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور - والانتهاج : قبول الهبة ، ولهذا شرط فيها القبض ، لأن تمام الإعطاء بالدفع والتسليم ، وهو أمر مندوب وصنيع محمود محبوب ، قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » وفي رواية « تهابوا » وقبولها سنة ، فانه صلى الله عليه وسلم قبل هدية العبد ، وقال في حديث بريرة « هو لها صدقة ولنا هبة » وقال عليه الصلاة والسلام « ولو أهدى إلى طعام لقبلت ، ولو دعيت إلى كراع لأجبت » وإليها الإشارة بقوله تعالى - فان طبن لكم عن شيء منه نفسا - أى طابت نفوسهن بشيء من ذلك فوهبته منكم - فكلوه هنيئا مريئا - وهي نوعان : تمليك ، وإسقاط ، وعليها الإجماع .

قال (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد تمليك ولا بد فيه منهما . وأما القبض فلائنه الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرع شيء لم يلزمه وهو التسلم بخلاف الوصية ، لأنه لا إلزام للميت لعدم الأهلية ولا للوارث لعدم الملك ، ولأن الملك بالتبرع ضعيف لا يلزم ، وملك الواهب كان قويا فلا يلزم بالسبب الضعيف ، وقد روى عن جماعة من الصحابة مرفوعا وموقوفا « لا تجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة » والمراد الملك لأن الجواز ثابت بدونه إجماعا . قال (فان قبضها في المجلس بغير إذنه جاز ، وبعد الافتراق يفتقر إلى إذنه) والقياس أن لا يجوز في الوجهين إلا باذنه لأنه تصرف في ملك الواهب لبقاء ملكه قبل القبض . وجه الاستحسان أن التمليك بالهبة تسليط على القبض وإذن له فصار الموهوب له مأذونا في القبض ضمنا للإيجاب واقتضاء ، والإيجاب يقتصر على المجلس فكذا ما ثبت ضمنا له وكذلك الصدقة ، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن الثابت ضمنا لا يعارض الصريح . أو نقول النهى رجوع والقبض كالقبول وأنه يملك الرجوع

وَأَنَّ كَانَتْ فِي يَدِهِ مَلَكَهَا بِمَجْرَدِ الْهَبَةِ ، وَهَبَةُ الْأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ تَمَّ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ ، وَتَمْلِكُ الصَّغِيرُ الْهَبَةَ بِقَبْضِ وَلِيِّهِ وَأُمِّهِ وَبِقَبْضِهِ بِنَفْسِهِ . وَتَتَعَقَّدُ الْهَبَةُ بِقَوْلِهِ : وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ وَأَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وَأَعْمَرْتُكَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَى الْهَبَةَ ، وَكَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوبَ ، وَهَبَةُ الْمَشَاعِ فِيهَا لَا يَقْسَمُ جَائِزَةً

قبل القبض . قال (وإن كانت في يده) كالمدود والمستعير والمستأجر والغاصب (ملكها بمجرد الهبة) لأنه إن كان قبضها أمانة فينوب عن الهبة ، وإن كان ضمانا فهو أقوى من قبض الهبة ، والأقوى ينوب عن الأدنى ، ولو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند أبي حنيفة ، وجعل تمكنه من القبض كالتخلية في البيع . وقال أبو يوسف : لا بد من القبض بيده ، ولو قبض الموهوب له الهبة ولم يقل قبلت صححت الهبة . قال (وهبة الأب لابنه الصغير تم بمجرد العقد) لأنها في يد الأب وهو الذي يقبض له فكان قبضه كقبضه ، وكل من يعوله في هذا كالأب ، ولو وهب لابنه الكبير وهو في عياله فلا بد من قبضه ، لأنه لا ولاية له عليه فلا يقبض له . قال (ويملك الصغير الهبة بقبض وليه وأمه ويقبضه بنفسه) معناه : إذا وهبه أجنبي فالولي كالأب ووصيه والجد ووصيه لقيامهم مقام الأب ، وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه كاللقيط وقد بيناه ، والأم لها ولاية حفظه ، وهذا منه لأنه لا يبقاء له بدون المال فاحتاجت إلى ولاية التحصيل وهذا منه . وأما قبضه بنفسه فعنائه إذا كان عاقلا لأنه تصرف نافع وهو من أهله ، ويجوز قبض الزوج لزوجته الصغيرة بعد ما زفت إليه ، لأن الأب فوض أمرها إليه وذلك بعد الزفاف لأقبله حتى يملكه بخضرة الأب . قال (وتتعد الهبة بقوله : وهبت) لأنه صريح فيه (ونحلت) لكثرة استعمالها فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « أكل » ولذلك نحلته هكذا » (وأعطيت) صريح أيضا (وأطعمتك هذا الطعام) لأن الإطعام صريح في الهبة إذا أضيف إلى المطعوم لأنه لا يطعمه إلا بالأكل ولا أكل إلا بالملك ، ولو قال : أطعمتك هذه الأرض فهو عارية لأنها لا تنظم (وأعمرتك) هذا الشيء وجعلت هذه الدار لك عمري ، قال عليه الصلاة والسلام « من أعمر عمري فهي للعمير له ولورثته من بعده » (وحملتك على هذه الدابة إذا نوى الهبة) لأن المراد به الإركاب حقيقة ويستعمل في الهبة ، يقال : حمل الأمير فلانا على فرس : أى وهبه فيحمل عليه عقد الهبة (وكسوتك هذا الثوب) قال تعالى - أو كسوتهم - أراد تمليكهم الكسوة ، ويقال : كساه ثوبا إذا وهبه ، ولو قال : منحتك هذه الدار أو هذه الجارية فهي عارية إلا أن ينوى الهبة ، ولو قال ذلك فيها لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدرهم والدنانير والمطعم والمشروب . قال (وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ،

وَفِيهَا يُقْسِمُ لَا تَجُوزُ (ف) ، فَإِنْ قَسَمَ وَسَلَّمَ جَازَ كَسَمَهُمْ فِي دَارٍ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ ، وَالصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالتَّمْرِ عَلَى النَّخْلِ ، وَالزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ ، وَلَوْ وَهَبَهُ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ ، أَوْ سَمْنَا فِي لَبَنٍ ، أَوْ دُهْنًا فِي سَمْسِمٍ فَاسْتَخْرَجَهُ وَسَلَّمَهُ لَا يَجُوزُ ، وَلَوْ وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ جَازَ ، وَبِالْعَكْسِ لَا يَجُوزُ (سَم) وَلَوْ تَصَدَّقَ عَلَى فَقِيرَيْنِ جَازَ ، وَعَلَى غَنِيَّيْنِ لَا يَجُوزُ ، وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا صَحَّتْ الْهَبَةُ وَبَطَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ ،

وفى يقسم لا يجوز (لأن القبض شرط فى الهبة لما رويناه وأنه غير ممكن فى المشاع ، ولو جوزناه لكان له إجبار الواهب على القسمة ولم يلتزمه فىكون إضراراً به ، وما لا يقسم الممكن فيه القبض ناقص فىكتفى به ضرورة ، ولا يلزم ضرر الإجبار على القسمة ببقاء الإجبار على المهايأة . قلنا المهايأة فى المنافع ولم يتبرع بها ، لأن الهبة صادفت العين لا المنافع . قال (فان قسم وسلم جاز) لأن بالقبض لم يبق شيوع وذلك (كسهم فى دار و) مثله (اللبن فى الضرع والصوف على الظهر والتمر على النخل والزرع فى الأرض) لأن اتصال هذه الأشياء كالشيوع من حيث أنه يمنع القبض ، وكذلك لو وهبه من شريكه لا يجوز لعدم إمكان القبض . قال (ولو وهبه دقيقا فى حنطة ، أو سمنا فى لبن ، أو دهننا فى سمس فاستخرجه وسلمه لا يجوز) لأن الموهوب معدوم فلا يكون محلاً للملك فبطل العقد فىحتاج إلى عقد جديد أما المشاع فحل التملك حتى جاز بيعه دون ذلك . قال (ولو وهب اثنان من واحد جاز ، وبالعكس لا يجوز) أما الأول فلأنهما سلماهما والموهوب له قبضها جملة ولا شيوع ولا ضرر . وأما الثانية فذهب أبى حنيفة وقالوا : يصح أيضاً لأنها هبة واحدة والتملك واحد فلا شيوع ، وصار كالرهن من اثنين ولأبى حنيفة أنه وهب من كل واحد منهما النصف لأنه يثبت لكل واحد منهما الملك فى النصف ، ألا ترى أنه لو كان فى ما لا يقسم ، فقبل أحدهما صح فى النصف فكان تملكها للنصف وأنه شائع ، وأما الرهن فالمستحق فيه الحبس ، ويثبت لكل واحد كلياً وتماه مرّ فى الرهن . قال (ولو تصدّق على فقيرين جاز) وكذلك لو وهب لهما (وعلى غنيين لا يجوز) وقالوا : تجوز فى الغنيين أيضاً لما مر والفرق لأبى حنيفة أن إعطاء الفقير يراد به وجه الله تعالى فهو واحد ، وسواء كان بلفظ الصدقة أو بلفظ الهبة ، وسواء كان فقيراً واحداً أو أكثر ، والإعطاء للغنى يراد به وجه الغنى وهما اثنان فكان مشاعاً ، والصدقة على الغنى هبة لأنه ليس من أهل الصدقة . قال (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لما تقدّم أن الاستثناء إنما يعمل فيما يعمل فيه العقد ، والهبة لا تصحّ فى الحمل فكذا الاستثناء فكان شراً فاسداً ؛ والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر

فصل

وَيَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا يَهَبُهُ لِلْأَجْنَبِيِّ (ف) وَيُكْرَهُ ، فَإِنْ عَوَّضَهُ أَوْ زَادَتْ
زِيَادَةً مُتَّصِلَةً أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ الْمُوهُوبِ لَهُ فَلَا رُجُوعَ ،

بخلاف البيع فإنه يفسد بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ،
ولو دبر الجنتين ثم وهبها لم يجز ، ولو أعتقه ثم وهبها جاز ، والفرق أن المدبر مملوك الواهب
وأنه متصل بالأم اتصال خلقه ، فنع صحة القبض كالشائع ، وفي الحر لم يبق ما كاله ،
فالموهوب غير مشغول بحقه ولا متصل به فلا يمنع الصحة ، ولو وهبه جارية على أن يعتقها
أو يستولدها ، أو على أن يدبرها ، أو دارا على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوّضه عنها
شيئا فالحبة جائزة والشرط باطل ، لأنها شروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، وأنها
لا تبطل الهبة لما مر .

فصل

المعاني المانعة من الرجوع في الهبة : المحرمة من القرابة ، والزوجية ، والمعاوضة ،
وخروجها من ملك الموهوب له ، وحدث الزيادة أو التغيير في عينها ، وموت الواهب
أو الموهوب له على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (ويجوز الرجوع فيما يهبه للأجنبي) لقوله
عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبه ما لم يثب منها » أى ما لم يعوّض عنها (ويكره)
ذلك لأنه من باب الخساسة والدناءة . وقال عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالكلب
يعود في قيئه » شبهه له لخساسة الفعل ودناءة الفاعل ، وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام
« لا يحل » للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده « أى لا يحل » له الرجوع من غير
قضاء ولا رضى إلا الوالد فإنه يحل له ذلك عند الحاجة ، فهذا الحمل أولى جمعا بين الحديثين .
قال (فإن عوّضه أو زادت زيادة متصلة) في نفسها (أو مَاتَ أَحَدُهُمَا ، أو خرجت عن
ملك الموهوب له فلا رجوع) أما إذا عوّضه فلما روينا من الحديث ، ولأن المقصود من
الهبة التعويض عادة وقد حصل . وأما الزيادة كالسمن والكبر والبناء والفرس والصبيغ
والخياطة فلائنه لا يمكن الرجوع بدون الزيادة ، ولا سبيل إلى الرجوع مع الزيادة لأن العقد
ما ورد عليها . وأما موت الواهب فلا سبيل للوارث عليها إذ هو أجنبي من العقد . وأما موت
الموهوب له فلا تنتقال إلى ورثته والتملك لم يوجد منه وصار كما إذا انتقل منه حال حياته
وأما إذا خرجت من ملك الموهوب له فلائنه إنما أخرجها بتسليطه فلا يملك نقضه كالوكيل ،
ونقصان الموهوب لا يمنع الرجوع بأن انتقصت قيمته أو انهدم البناء أو ولدت الجارية ،

وَلَا رُجُوعَ فِيهَا يَهَبُهُ لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ ، وَلَوْ قَالَ
الْمَوْهُوبُ لَهُ خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَبْتِكَ أَوْ عِيُوضًا أَوْ مُقَابِلَهَا أَوْ عَوَضَهُ
أُجْنَبِي مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَهُ سَقَطَ الرُّجُوعُ ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفُ الْهَبَةِ رَجَعَ

بِنِصْفِ الْعِيُوضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْعِيُوضِ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ (ز) ،
إِلَّا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا حَتَّى يَسْتَفِي عَنْهَا وَلَدَهَا ، وَلَوْ وَهَبَهُ عَبْدًا فَشَبَّ فَازْدَادَتْ قِيمَتُهُ ثُمَّ شَاخَ
فَنَقَصَتْ لَا يَرْجِعُ فِيهِ لِأَنَّهُ اِزْدَادَ فِي بَدَنِهِ وَطَالَ فِي جَسَدِهِ ثُمَّ انْتَقَصَ بَوَاجِهُ آخِرٌ وَهُوَ شَيْخُوخَتُهُ
فَلَا يَرْجِعُ . قَالَ (وَلَا رُجُوعَ فِيهَا بِيَهَبُهُ لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
صِلَةَ الرَّحْمِ وَزِيَادَةَ الْأَلْفَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَفِي الرُّجُوعِ قِطْعَةُ الرَّحْمِ وَالْأَلْفَةُ ، لِأَنَّهَا تَوَرَّتْ
الْوَحْشَةُ وَالْفَرَّةُ فَلَا يَجُوزُ صِيَانَةُ الرَّحْمِ عَنِ الْقِطْعَةِ وَإِبْقَاءُ لِلزَّوْجِيَّةِ عَلَى الْأَلْفَةِ وَالْمُودَةِ
وَفِي الْحَدِيثِ « إِذَا كَانَتِ الْهَبَةُ لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا » وَسَوَاءٌ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ
مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لَشُمُولِ الْمَعْنَى ، وَلَوْ وَهَبَهَا ثُمَّ أَبَانَهَا لَمْ يَرْجِعْ ؛ وَلَوْ وَهَبَ أُجْنَبِيَّةً ثُمَّ تَزَوَّجَهَا
لَهُ الرُّجُوعُ ، وَالْمُعْتَبَرُ الْمَقْصُودُ وَقْتُ الْعَقْدِ ؛ وَإِنْ وَهَبَ لِأَخِيهِ وَهُوَ عَبْدٌ لَهُ الرُّجُوعُ ؛
وَكَذَلِكَ إِنْ وَهَبَ لِعَبْدٍ أَخِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : لَا رُجُوعَ لَهُ لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لِلْمَوْلَى
فَكَانَ هَبَةً لِلْأَخِ ، وَلَهُ أَنْ الْهَبَةَ وَقَعَتْ لِلْعَبْدِ حَتَّى اعْتَبَرَ قَبُولُهُ وَرَدُّهُ وَالْمَلِكُ يَقَعُ لَهُ ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ
إِلَى مَوْلَاهُ عِنْدَ الْفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ مَدِينُونَ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى مَوْلَاهُ وَلَا صِلَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الْعَبْدِ . قَالَ (وَلَوْ قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ : خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَبْتِكَ أَوْ عِيُوضًا أَوْ مُقَابِلَهَا أَوْ عَوَضَهُ
أُجْنَبِي مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَهُ سَقَطَ الرُّجُوعُ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ :
خُذْ هَذَا مَكَانَ هَبْتِكَ ، أَوْ ثَوَابًا مِنْهَا ، أَوْ كَافَأْتُكَ بِهِ ، أَوْ جَازَيْتُكَ عَلَيْهِ ، أَوْ أَثْبَتْتُكَ ،
أَوْ نَحَلْتُكَ هَذَا عَنْ هَبْتِكَ ، أَوْ تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ بَدَلًا عَنْ هَبْتِكَ فَهَذَا كُلُّهُ عَوَضٌ وَحَكْمُهُ
حَكْمُ الْهَبَةِ ، يَصَحُّ بِمَا تَصَحُّ بِهِ الْهَبَةُ ، وَيَبْطُلُ بِمَا تَبْطُلُ بِهِ ، وَيَتَوَقَّفُ الْمَلِكُ فِيهِ عَلَى الْقَبْضِ
وَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ أَصْلًا ؛ وَإِنْ لَمْ يَصِفِ الْعَوَضُ إِلَى الْهَبَةِ بِأَنْ أَعْطَاهُ شَيْئًا وَلَمْ يَقُلْ
عَوَضًا عَنْ هَبْتِكَ لَا يَكُونُ عَوَضًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ ، فَإِنْ عَوَضَهُ عَنْ جَمِيعِ الْهَبَةِ
بَطَلَ الرُّجُوعُ فِي الْجَمِيعِ قُلَّ الْعَوَضُ أَوْ كَثُرَ ، وَإِنْ عَوَضَهُ عَنْ نِصْفِهَا فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا بَقِيَ
لِأَنَّ الْمَانِعَ التَّعْوِيزَ فَيَتَقَدَّرُ بِقُدْرِهِ . قَالَ (وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفُ الْهَبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعَوَضِ)
لِأَنَّهُ مَا عَوَضَهُ بِهَذَا الْعَوَضِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ جَمِيعُ الْمَوْهُوبِ وَلَمْ يَسْلَمْ إِلَّا نِصْفُهُ فَيَرْجِعُ بِنِصْفِ
مَا عَوَضَهُ (وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْعَوَضِ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ) وَقَالَ زُفَرٌ : يَرْجِعُ بِحَصَّتِهِ مِنَ
الْمَوْهُوبِ اعْتِبَارًا بِالْعَوَضِ الْآخَرِ . وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَا عَوَضَهُ إِلَّا بِالْبَاقِ
وَهُوَ يَصْلَحُ عَوَضًا عَنِ الْكُلِّ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِي ثُمَّ يَرْجِعُ ، لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ
وَالرُّجُوعَ بِقَبُولِ الْعَوَضِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ جَمِيعُ الْعَوَضِ وَلَمْ يَسْلَمْ فَلَهُ رَدُّهُ ، وَإِذَا رَدَّهُ بَطَلَ

وَأِنْ اسْتُحِقَّ جَمِيعُ الْعَوَضِ رَجَعَ بِالْهَبَةِ ؛ وَالْهَبَةُ بِشَرَطِ الْعَوَضِ يُرَاعَى فِيهَا حُكْمُ الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْبَيْعِ بَعْدَهُ ؛ وَلَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَإِنْ هَلَكَتْ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ لَمْ يَضْمَنْ .

فصل

الْعُمَرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعْمِرِ حَالِ حَيَاتِهِ ، وَلِوَرَثَتِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ ، وَهِيَ أَنْ يُجْعَلَ دَارُهُ لَهُ عُمَرَةً ، فَذَا مَاتَ تَرُدُّ عَلَيْهِ . وَالرَّقْبَى بَاطِلَةٌ (س) ، وَهِيَ أَنْ تَقُولَ : إِنْ مِتَّ فَهِيَ لِي ، وَإِنْ مِتَّ فَهِيَ لَكَ .

التعويض فعاد حق الرجوع . قال (وإن استحق جميع العوض رجع بالهبة) لما بينا . قال (والهبة بشرط العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض) فلا يصح في المشاع (و) حكم (البيع بعده) رعاية للفظ والمعنى . وصورته : أن يهبه عبدا على أن يعوضه عنه ثوبا ، فلكل واحد منهما الامتناع ما لم يتقابضا كما في الهبة ، فاذا تقابضا صار بمنزلة البيع يردان بالعيب وتجب الشفعة ، وإن استحق ما في يد أحدهما رجع بعوضه إن كان قائما ، وبقيمته إن كان هالكا . قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه فصل مجتهد فيه يختلف بين العلماء فله الامتناع ، وولاية الإلزام للقاضي ، وإن تراضيا فقد أبطل حقه فيجوز (وإن هلك في يده بعد الحكم) بالرد (لم يضمن) لأنه أمانة في يده حيث قبضه لأعلى وجه الضمان .

فصل

(العمرى جائزة للمعمر حال حياته ولورثته) من (بعد مماته) ويبطل الشرط (وهى أن يجعل داره له عمره ، فاذا مات ترد عليه) لما تقدم من الحديث ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر ، ولو قال : دارى لك عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة أو هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية ، لأن ذكر المنفعة وهى السكنى حقيقة فى العارية ، لأن العارية تملك المنفعة وتحتل الهبة والحمل على الحقيقة أولى ؛ ولو قال : هبة تسكنها فهى هبة ، لأن قوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود وليس بتفسير ، بخلاف قوله سكنى . قال (والرقبى باطلة ، وهى أن تقول) دارى لك رقبى ، ومعناه (إن مِتَّ فهى لى ، وإن مِتَّ فهى لك) كأن كل واحد منهما يرقب موت الآخر لما روى شريح « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبى » ومراده الرقبى من الترقب (١) ، أما من الإرقاب ومعناه رقبة دارى

وَالصَّدَقَةُ كَالهَبَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَارْجُوعَ فِيهَا ؛ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ فَهُوَ عَلَى جِنْسِ مَالِ الزَّكَاةِ (ز) ، وَبِمِلْكِهِ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَيُمْسِكُ مَا يَنْفِقُهُ حَتَّى يَكْتَسِبَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ .

لك فانه يجوز ، وهو محمل حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقي » إلا أنه محتمل ، ولا تثبت الهبة بالشك فتكون عارية . وقال أبو يوسف : الرقي جائزة لحديث جابر ، ولأن قوله : دارى لك تمليك ، وقوله رقي شرط فاسد لا يبطل الهبة . ولهما حديث شريح ، ولأنه تعليق الملك بالخطر فلا يصح ، وإذا لم يصح يكون عارية عندهما ، لأنه يقتضى إطلاق الانتفاع به ، ولو قال : جميع مالى أو كل شيء أملكه أو جميع ما أملكه لفلان فهو هبة ، لأن ملكه لا يصير لغيره إلا بتمليكه ؛ ولو قال : جميع ما يعرف بى أو ينسب إلى لفلان فهو إقرار لجواز أن يكون للمقر له ، وهو فى يد المقر يعرف به وينسب إليه . قال (والصدقة كالهبة) فى جميع أحكامها لأنه تبرع (إلا أنه لارجوع فيها) لأن المقصود منها الثواب وقد حصل ، وكذا الهبة للفقير لأن المقصود الثواب ، وكذا لو تصدق على غنى . لأنه قد يطلب منه الثواب بأن يعينه على النفقة لكثرة عياله ، ويؤيد ذلك أنه عبر بالصدقة عنها . قال (ومن نذر أن يتصدق بماله فهو على جنس مال الزكاة) لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وإيجاب الله تعالى الصدقة المضافة إلى المال يتناول أموال الزكاة ، قال الله تعالى - خذ من أموالهم صدقة تطهرهم - الآية ، فكذا إيجاب العبد ، فيتصدق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسواثم والغلة والثمره العشرية والأرض العشرية ، خلافاً لمحمد لأن الغالب فى العشر معنى العبادة حتى لا تجب على الكافر فكانت فى معنى الزكاة ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست أموال الزكاة . وقال زفر : يتناول جميع ماله وهو القياس عملاً بعموم اللفظ ، وجوابه مأمور ؛ ولو نذر أن يتصدق بملكه فهو على الجميع ، وذكر الحاكم الشهيد أنه والأول سواء فى الاستحسان ، لأن ذكر المال والمالك سواء ، وكذلك ذكر التسنى عنهما . قال : وأبو يوسف فرق بينهما وقال : لفظة الملك أعم عرفاً ، والأول أصح ، لأن الشرع إنما أضاف الصدقة إلى المال لا إلى الملك وذلك موجب تخصيص المال بفقى الملك على عمومه ، وإن لم يكن سوى مال الزكاة لزمه التصديق بالكل بالإجماع (ويمسك ما ينفقه حتى يكتسب ثم يتصدق بمثل ما أمسك) لأنه لو تصدق بالجميع احتاج أن يسأل أو يموت جوعاً وأنه ضرر فاحش ، فيمسك قدر حاجته دفعا للضرر عنه ، ولم نقدره بشيء لأن الناس يختلفون فى ذلك باختلاف أحوالهم فى النفقات فالحاصل أنه يمسك مقدار كفايته فى نفقته إلى أن يقدر على أداء مثله ؛ ولو قال : دارى فى المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، ولو قال لآخر : كل

كتاب العارية

وَهِيَ هِبَةُ الْمَنَافِعِ ، وَلَا تَكُونُ إِلَّا فِيمَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ .

ما يصل إلى من مالك فعلى أن أتصدق به فوجهه شيئا فعليه أن يتصدق به ، ولو أذن له أن يأكل من طعامه لا يتصدق به ، لأن الإباحة لا يملكه إلا بالأكل ، وبعد الأكل لا يمكن التصديق به .

كتاب العارية

وهي مشتقة من التعاور : وهو التداول والتناوب ، يقال : تعاونوا الكلام بيننا : أى تداولناه ؛ وسمى العقد به لأنهم يتداولون العين ويتدافعونها من يد إلى يد ، أو من العرية وهي العطية ، إلا أن العرية اختصت بالأعيان ، والعارية بالمنافع ، وسميت به لتعريفه عن العوض ، وهي عقد مستحب شرعا ، مندوب إليه ، لما فيه من قضاء حاجة المسلم ، وقد ندب الشرع إليه قال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يزال الله في عون المسلم ما دام في عون أخيه » وذمّ تعالى على منعه فقال « ويمنعون الماعون » أى العواري من القدر والفأس ونحوه ؛ وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » واستعار صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان ؛ ولأن التملك نوعان : بعوض ، وغير عوض ؛ والأعيان قابلة للنوعين بالبيع والهبة ، فكذا المنافع بالإجارة والإعارة .

قال (وهي هبة المنافع) وقال الكرخي : إباحة المنافع حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعار ولو ملك المنافع للملك إيجارها ، والأول الصحيح لأن المستعير له أن يعير ، ولو كانت إباحة لما ملك ذلك ، كمن أبيع له الطعام ليس له أن يبيعه لغيره ، ولأن العارية مشتقة من العرية وهي العطية ، وإنما لم تجز الإجارة لأنها تملك مؤقت ينقطع حقه عنها إلى انتهاء المدة ، والعارية تملك على وجه لا ينقطع عنها متى شاء ، فلو جازت الإجارة يلزم المعير من الضرر ما لم يلتزمه ولا رضى به فلا يجوز ، أو نقول الإجارة أقوى وألزم من الإعارة والشئ لا يستتبع ما هو أقوى منه . قال (ولا تكون إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه) .

اعلم أن الإعارة نوعان : حقيقة ، ومجاز . فالحقيقة إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد والدار والدابة . والمجاز إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالدرهم والدنانير والمكييل والموزون والعددى المتقارب ، فيكون إعارة صورة قرضا معنى ، لأنه رضى باستهلاكه ببدل ، فكان تمليكاً ببدل وهو القرض ؛ ولو استعار دراهم ليعاير بها ميزانه أو يزين بها حانوته ليس له أن يتعدى ماسمى من المنفعة ، ولا يكون

وَهِيَ أَمَانَةٌ ، وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعْرَتُكَ وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضُ ، وَأَخَذْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ ، وَمَنْحَتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يَرُدَّ بِهِمَا الْهَبَةُ ، وَدَارَى لَكَ سَكْنَى أَوْ سَكْنَى عُمَرَى ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَهَا إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِينَ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجَارَتُهَا ، فَإِنْ آجَرَهَا فَهَلَكَتْ ضَمِنَ ،

قرضا كاستعارة الحلى . قال (وهى أمانة) لا يضمنها من غير تعد . قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولأنه قبضه من يد المالك لاعلى وجه الضمان ، لأن اللفظ يقتضى تملك المنافع بغير عوض لغة وشرعا لما بينا فلم يكن متعديا ، وتأويل ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام استعار دروعا من صفوان ، فقال : أغصبا تأخذها يا محمد ؟ فقال : لا بل عارية مؤداة مضمونة » أى واجبة الرد مضمونة بمثونة الرد توفيقا بين الحديثين بالقدر الممكن . قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) للاستعمال فيه (وأخذمتك هذا العبد) لأن منفعة العبد خدمته ، وقد أذن له فى استخدامه (ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد بهما الهبة) لما مر فى الهبة (ودارى لك سكنى) لأن معناه سكنها لك (أو سكنى عمرى) أى سكنها لك عمرك . قال (وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعملين ، وليس له إجارتها) لأنه ملك المنافع فيملكها غيره كالموصى له بالخدمة ، بخلاف الإجارة على ما مر .

ثم العارية على أربعة أوجه : أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع كمن استعار دابة أو ثوبا ولم يبين وقتا معلوما ولا عين من يستعمله فله أن يستعمله فى أى وقت شاء فى أى منفعة شاء ، ويركب ويلبس غيره عملا بالإطلاق ، فلو ركب هو أو لبس ليس له أن يركب غيره ولا يلبسه ، وكذا لو ركب غيره لا يركب هو على ما بيناه فى الإجارة . والثانى أن تكون مقيدة فيهما بأن استعاره يوما ليستعمله بنفسه ، فليس له أن يركب غيره ولا يلبسه غيره لاختلاف ذلك باختلاف المستعملين ، وله أن يعيرها للحمل لأنه لا يتفاوت ، وكذا له أن يعير العبد والدار لعدم التفاوت . والثالث إذا كانت مطلقة فى الوقت مقيدة فى الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل الحنطة متى شاء . والرابع إذا كانت مقيدة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل ما شاء فى اليوم ، فان أمسكها بعد الوقت ضمن إن انتفع بها فى اليوم الثانى ، وقيل يضمن بمجرد الإمساك لأنه أمسك مال الغير بغير إذنه وهو الصحيح ؛ وإن اختلفا فى الوقت والمكان وما يحمل عليها فالقول قول المعير مع يمينه لأن الإذن منه يستفاد فيثبت بقدر ما أقر به به وما زاد فالمستعير مستعمل فيما لم يؤذن له فيضمن . قال (فان آجرها فهلكت ضمن)

وَالْمُعِيرُ أَنْ يُضْمَنَ الْمُسْتَعِيرَ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، فَإِنْ قَبِدَهَا بِوَقْتٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ أَوْ مَكَانٍ ضَمِنَ بِالْمُخَالَفَةِ إِلَّا إِلَى خَيْرٍ ؛ وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ مَنْفَعَتِهَا مَا شَاءَ مَا لَمْ يُطَالِبْهُ بِالرَّدِّ ، وَلَوْ أَعَارَ أَرْضَهُ لِلْبِنَاءِ وَالْفَرَسِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَهُمَا ، وَإِنْ وَقَّتْ وَأَخَذَهَا قَبْلَ الْوَقْتِ كَرِهَ لَهُ ذَلِكَ ، وَيَضْمَنُ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيَمَتَهُ وَيَمْلِكُهُ ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ قَلْعُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ بِالْأَرْضِ ، فَإِنْ قَلْعَهُمَا فَلَا ضَمَانَ ، فَإِنْ أَعَارَهَا لِلزَّرَاعَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا قَبْلَ حَصْدِهِ وَإِنْ لَمْ يُوَقَّتْ .

لأنه متعد حيث تصرف في ملك الغير بغير أمره فكان غاصبا (والمعير أن يضمن المستعير) لما بينا (ولا يرجع على المستأجر) لأنه تبين أنه أجره ملكه ، وله أن يضمن المستأجر لأنه قبض ماله بغير أمره (ويرجع على المستعير) إذا لم يعلم أنه عارية دفعا لضرر الغرور عنه بخلاف ما إذا علم قال (فإن قيديها بوقت أو منفعة أو مكان ضمن بالمخالفة إلا إلى خير) وقد بيناه بتأمله في الإجارة (وعند الإطلاق له أن ينتفع بها في جميع أنواع منفعتها ما شاء ما لم يطالبه بالرد) عملا بالإطلاق . قال (ولو أعار أرضه للبناء والفرس فله أن يرجع) لأنه عقد غير لازم ، وهذا لأن المنافع توجد شيئا فشيئا وتملك كذلك ، فلم يوجد بعد لم يقبض فله الرجوع فيه . وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » . قال (ويكلفه قلعهما) لأنه لما صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ملك المعير فعليه تفريغها ، فإن لم يكن وقت فلا شيء عليه ، لأن ما أصاب المستعير إنما أصابه بفعل نفسه (وإن وقت وأخذها قبل الوقت كره له ذلك) لأنه أخلف وعده (ويضمن للمستعير قيمته ويملكه) نظرا للجانبين . وقال زفر : لاضمان عليه لأنه لما علم أن له ولاية الأخذ فقد رضى بذلك . ولنا أنه غره بالتأقيت ، إذ الظاهر الوفاء بالوعد فيرجع إليه إذا أخلف ، لأن ما أصابه إنما أصابه من جهته بخلاف غير المؤقت (والمستعير قلعه) لأنه ملكه إلا أن يكون فيه ضرر كثير بالأرض (فيخير المعير ، لأن الأصل له وهو راجع على التبع) فإن قلعهما فلا ضمان عليه وقيل إذا كلفه المعير قلعهما قلعهما ، ويضمن المعير ما نقصا بالقلع ، لأنه خدعه حيث ضمن له الوفاء إلى آخر الوقت الذي وقته ولم يف له . قال (فإن أعارها للزراعة فليس له أخذها قبل حصده وإن لم يوقت) فتبقى بالأجرة ، لأن فيه مراعاة الجانبين ودفع الضرر عن المستعير ومراعاة حق المعير ، لأن بقاءه مدة قليلة بخلاف الغرس والبناء لأنه لانهية لهما فيقلع دفعا لضرر المعير . دخل الحمام واستعمل قصاع الحمامي فانكسرت ، أو أخذ كوز الفقاع ليشرب فانكسر ، أو دخل منزل رجل بأذنه فأخذ منه إناء بغير إذنه لينظر إليه أو ليشرب

وَأَجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ عَلَى الْآجِرِ ؛ وَإِذَا رَدَّ الدَّابَّةَ إِلَى اصْطَبِلٍ مَالِكِهَا بَرِيٌّ ؛ وَكَذَا رَدُّ الثَّوْبِ إِلَى دَارِهِ وَمَعَ مَنْ فِي عِيَالِهِ أَوْ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ الْخَاصَّ بَرِيٌّ .

كتاب الغصب

وَهُوَ أَخْذُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَرَمٍ مَمْلُوكٍ لِلْغَنِيِّ بِطَرِيقِ التَّعْدَى ،

فوق من يده فانكسر فلا ضمان عليه لأنه مأذون في ذلك دلالة . استعار كتاباً ليقرأ فيه فوجد فيه خطأ ، إن علم أن صاحبه لا يكره إصلاحه أصلحه وإلا فلا ، والظاهر أنه لا يكره فلا بأس به . قال (وأجرة ردِّ العارية على المستعير) لأن قبضه لمنفعته فوجب الرد عليه ، والأجرة مثونة الرد (و) أجرة ردِّ (المستأجر على الآجر) لأن منفعة القبض حصلت له وهي الأجرة فلا يكون الرد واجباً على المستأجر فلا يلزمه الأجرة . قال (وإذا ردَّ الدَّابَّةَ إِلَى اصْطَبِلٍ مَالِكِهَا بَرِيٌّ) استحساناً ، والقياس أنه لا يبرأ لعدم الردِّ إلى المالك . وجه الاستحسان أن العادة جرت بالردِّ إلى الاصطبل ، فانه لو سلمها إليه ردَّها إلى الاصطبل ، والمعتاد كالمنصوص عليه ؛ ولو كان عبداً وردَّه إلى دار مالكة فكذلك (وكذا ردُّ الثوب إلى داره) لما بينا (و) لو ردَّ العارية (مع من في عياله أو عبده أو أجيره الخاصَّ بَرِيٌّ) لأنها أمانة فصارت كالوديعة ؛ وكذا لو ردَّها إلى عبد المعير أو من في عياله بَرِيٌّ لأن المالك يحفظها بهؤلاء عادة ؛ وقيل المراد بالعبد : الذي يقوم عليها . وذكر في المتن لو كانت العارية شيئاً نفيساً كالجوهر ونحوه لا يبرأ بالردِّ إلى هؤلاء ، لأنه لم تجر العادة بطرحه في الدار وتسليمه إلى غلامانه ؛ والمستأجر في ردِّ العين المستأجرة كالمستعير ؛ وفي الغصب لا يبرأ في الجميع إلا بالردِّ إلى مالكة ، لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالردِّ إلى المالك أو نائبه حقيقة ، بخلاف العارية لأنها غير مضمونة .

كتاب الغصب

(وهو) في اللغة : أخذ الشيء ظلماً ، يقال : غصبته منه وغصبته عليه بمعنى ، قال تعالى - يأخذ كل سفينة غصباً - أى ظلماً ، ويستعمل في كل شيء ، يقال : غصبته ولده وزوجته . وفي الشرع (أخذ مال متقوِّم محترم مملوك للغني بطريق التعدي) واشترط أبو حنيفة وأبو يوسف كون المقتصوب قابلاً للنقل والتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك ، ولم يشترط ذلك محمد ، ويظهر في غصب العقار على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فلو استخدم مملوك غيره بغير أمره ، أو أرسله في حاجته ، أو ركب دابته أو حمل عليها

وَمَنْ غَضَبَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ رَدُّهُ فِي مَكَانِ غَضَبِهِ ، فَإِنْ هَلَكَ وَهُوَ مِثْلِي فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ غَضَبِهِ ، وَإِنْ نَقَصَ ضَمِنَ النِّقْصَانَ ، وَإِذَا انْقَطَعَ تَجِبُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَضَاءِ (مم) ،

أو ساقها فهلكت كان غاصبا لأنه أثبت اليد المبطلّة المفوتة ، ولو جلس على بساط الغير أو هبت الريح بثوب إنسان فألقته في حجره لا يكون غاصبا ما لم يتقله أو يمسكه ، وهو تصرف منهي عنه حرام لكونه تصرفا في مال الغير بغير رضاه ، قال الله تعالى - ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - ولأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه . قال عليه الصلاة والسلام « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » وعلى حرمة بالإجماع وهو من المحرمات عقلا ، لأن الظلم حرام عقلا على ما عرف في الأصول . والغضب على ضربين أحدهما لا يتعلق به إثم وهو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال الغير وهو يظن أنه ملكه ، أو ملكه ممن هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم ظهر أنه لغير ذلك فلا إثم عليه . قال عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » الحديث معناه الإثم . والثاني يتعلق به الإثم وهو ما يأخذه على وجه التعدي فإنه يأثم بأخذه وإمساكه . قال (ومن غضب شيئا فعليه ردّه في مكان غضبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لأجدا ولا عبا ، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردّها عليه » ولأنه يجب عليه رفع الظلم وذلك بما ذكرنا ويردّه في مكان غضبه ، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن والأعدل ما ذكرنا . قال (فإن هلك وهو مثلي فعليه مثله) قال تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ولأن المثل أعدل لوجود المالية والجنس (وإن لم يكن مثليا) كالحیوان والعددی المتفاوت والمزروع (فعليه قيمته يوم غضبه) لأن القيمة تقوم مقام العين من حيث المالية عند تعذر المائلة دفعا للظلم وإيصالا للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، وسواء عجز عن ردّه بفعله أو فعل غيره أو بأفة سماوية لأنه بالغضب صار متعديا ووجب عليه الرد وقد امتنع فيجب الضمان وتجب القيمة يوم الغضب لأنه السبب وبه يدخل في ضمانه (وإن نقص ضمن النقصان) اعتبارا للجزء بالكل (و) أما المثلي (إذا انقطع تجب قيمته يوم القضاء) عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف يوم الغضب . وقال محمد يوم الانقطاع لأن الواجب المثل وينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يومئذ . ولأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بذوات القيم فتعتبر قيمته إذ هو السبب الموجب . ولأبي حنيفة أن الانتقال بقضاء القاضي لا بالانقطاع حتى لو لم يتخاصما حتى عاد المثل وجب ، فإذا قضى القاضي تعتبر القيمة عنده بخلاف ذوات

وإن ادعى الهلاك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه ببذلها ، والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه ، فإذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستنداً إلى وقت الغصب ، وتسلم له الأكساب ولا تسلم له الأولاد ، فإذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضمنها بنكوله أو بالبينة ، أو بقول المالك سلمت للغاصب ، وإن ضمنها يمينه فالمالك إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض ، ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك (م) ،

القيم لأنه مطالب بها من وقت وجود السبب وهو الغصب فتعتبر قيمته عند السبب . قال (وإن ادعى الهلاك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه ببذلها) لأن الظاهر بقاؤها وقد ادعى خلافه ، ونزيهه إذا طولب بثمن المبيع فادعى الإفلاس وقد مر في الحجر ، فإذا حبس المدة المذكورة قضى عليه بالبدل لما مر . قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأنه ينكر الزيادة ، وإن أقام المالك البينة على الزيادة قضى بها لأنها حجة ملزمة . قال (فإذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستنداً إلى وقت الغصب) لأنه قابل للنقل من ملك إلى ملك ، وقد ملك المالك بدله فيملك الغاصب المبدل لثلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد دفعا للضرر عنه (وتسلم له الأكساب) للتبعية (ولا تسلم له الأولاد) لأن تبعيتهم فوق تبعية الأكساب . ألا يرى أن ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ، ولا تكون أكسابهما مدبراً ومكاتباً . قال (فإذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضمنها بنكوله أو بالبينة أو بقول المالك سلمت للغاصب) لأنه ملكها برضى المالك حيث ادعى هذا للقدر (وإن ضمنها يمينه فالمالك إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض) لأنه مارضى به وإنما أخذه لعجزه عن الوصول إلى كمال حقه كالمكره ، وكذا لو ظهر وقيمه مثل ما ضمن أو أقل ، لأنه لم يرض حيث لم يعطه ما ادعاه فيثبت له الخيار . قال (ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك) وقال محمد : يضمن العقار بالغصب . وصورته : أن من سكن داراً غيره أو زرع أرض غيره بغير إذنه ثم خربت الدار أو غرق العقار ، لمحمد أنه تحقق البد العادية ، ويلزم من ذلك زوال يد المالك لأن اجتماع اليدين في محل واحد في زمان واحد محال فتحقق الغصب ، ولأن كل حكم يتعلق بالنقل فيما ينقل يتعلق بالتخلية فيما لا ينقل كدخول المبيع في ضمان المشتري . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « من غصب شبراً من أرض طوَّقه الله تعالى من سبع أرضين » والنبي صلى الله عليه وسلم ذكر الجزاء في غصب العقار ولم يذكر الضمان ، ولو وجب لذكره ، ولأن هذا تصرف في المالك لأن العقار لم يزل عن مكانه الذي كانت يد المالك ثابتة عليه ، والتصرف

فإن نقص بالزراعة يضمن النقصان ، ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل ،
وكذا المودع والمستعير إذا تصرفا وربحا تصدقا بالفضل (س) ،

في المالك لا يوجب الضمان كما لو منعه عن حفظ ماله حتى هلك ، ولأن مالا يجب القطع
بسرقة لا يتعلق به ضمان الغصب كالحر . وأما إذا هدم البناء وحفر الأرض فيضمن لأنه
وجد منه النقل والتحويل وأنه إتلاف ، ويضمن بالإتلاف مالا يضمن بالغصب كالحر ،
وما أنهدم بسكناه فقد تلف بفعله ؛ والعقار يضمن بالإتلاف وإن لم يضمن بالغصب ولأنه
تصرف في العين (فإن نقص بالزراعة يضمن النقصان) لما مر (ويأخذ رأس ماله ويتصدق
بالفضل) معناه يأخذ من الزرع ما أخرج عليه من البذر وغيره ويتصدق بالفضل (وكذا
المودع والمستعير إذا تصرفا وربحا تصدقا بالفضل) وقال أبو يوسف : يطيب له الفضل لأنه
حصل في ضمانه للملك الأصل ظاهرا ، فإن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا على ما تقدم
ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير ، والفرع يحصل على صفة
الأصل ، والملك الخبيث سبيله التصديق به ، ولو صرفه في حاجة نفسه جاز ، ثم إن كان
غنيا تصدق بمثله ، وإن كان فقيرا لا يتصدق ؛ ولولي المالك الغاصب في غير بلد الغصب
فطالبه بالمغضوب فإن كان دراهم أو دنائير دفعها إليه لأنها ثمن في جميع البلاد ، وإن كانت
عينا وهي قائمة في يده أمر بتسليمها إليه إن كانت قيمتها في الموضعين سواء لأنه لا ضرر
فيه على المالك ، وإن كانت قيمته أقل من بلد الغصب فإن شاء أخذه ، وإن شاء طالبه
بالقيمة ، وإن شاء صبر ليأخذه في بلده لأن نقصان السعر ينقله فيخير المالك ، بخلاف
تغير السعر في بلد الغصب لأنه لا يصنعه بل بقله الرغبات ، وإن لم يكن في يده وقيمه
أقل فالمالك إن شاء أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته ببلد الغصب أو يصبر ليأخذ مثله
في بلده ؛ وإن كانت قيمته هنا أكثر فالغاصب إن شاء أعطاه مثله أو قيمته ، لأنه هو
الذي يتضرر بالدفع ؛ وإن كانت القيمة سواء فللمالك أن يطالب بالمثل لأنه لا ضرر على
أحد ، ولو تعيب في يد الغاصب رده مع قيمة النقصان فيقوم صحيحا ويقوم وبه عيب
فيضمن ذلك ، هذا في غير الربويات لأن للجودة قيمة فيها . فأما الربويات إن شاء أخذه
بعييه وإن شاء ضمنه قيمته صحيحا من غير جنسه وتركه ، لأن الجودة لا قيمة لها عند
المقابلة بالجنس على ما عرف وآتية الصفر والرصاص إن بيعت وزنا من الربويات وعددا
لا . ولو غصب عينا فصار زيبيا ، أو عصيرا فصار خلا ، أو رطباً فصار تمرًا فالمالك إن
شاء أخذ عينه ، وإن شاء ضمنه مثله ؛ ولو غصب عبدا أو جارية صغيرة فكبر أخذه
ولاشئ للغاصب من النفقة قال عليه الصلاة والسلام « من وجد عين ماله فهو أحق به » ولو كان شابا
فصار شيخا ، أو شابة فصارت عجوزا ضمن النقصان ، والشلل والعرج وذهاب السمع
والبصر ونسيان الحرفة والقرآن والسرقه والإباق والجنون والزنا عيب يوجب النقصان

وَإِذَا تَغَيَّرَ الْمَغْضُوبُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهُ وَأَكْثَرُ مَنَافِعِهِ مَلَكَهَ وَضَمِنَهُ ، وَذَلِكَ كَذَبِجِ الشَّاةِ وَطَبْخِهَا أَوْ شَيْئِهَا أَوْ تَقْطِيعِهَا ، وَطَحْنِ الْحِنْطَةِ أَوْ زَرْعِهَا ، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ ، وَجَعْلِ الْحَدِيدِ سَيْفًا وَالصُّفْرِ آيَةً ، وَاللِّبْنِ عَلَى السَّاجَةِ ، وَاللِّبْنِ حَائِطًا ، وَعَصْرِ الزَّيْتُونِ وَالْعِنَبِ وَغَزْلِ الْقُطْنِ وَنَسْجِ الْغَزْلِ ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِ حَتَّى يُوَدَّى بِدَلِّهِ (ز) ، وَلَوْ غَضِبَ تَبْرًا فَضَرَبَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آيَةً لَمْ يَمْلِكْهُ (س) ، وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ فَأَبْطَلَ عَامَةً مَنَفَعَتِهِ ضَمِنَهُ ،

إن حدثت عند الغاصب ضمنها . قال (وإذا تغير المغضوب بفعل الغاصب حتى زال اسمه وأكثر منافعه ملكه وضمنه ، وذلك كذبيح الشاة وطبخها أو شيئا أو تقطيعها ، وطحن الحنطة أو زرعها ، وخبز الدقيق ، وجعل الحديد سيفاً والصفر آية والبناء على الساجة ، واللبن حائطاً ، وعصر الزيتون والعنب ، وغزل القطن ونسج الغزل) والوجه فيه أنه استهلكها من وجه لقوات معظم المقاصد وتبدل الاسم ، وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فرجع على ما فات من وجه ؛ بخلاف ما إذا ذبح شاة وسلخها لأن الاسم باق (ولا ينتفع به حتى يؤدي بدله) لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها « أطعموها الأسارى » فيه دليل على زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع قبل الإرضاء ، ولأن إباحة الانتفاع قبل الإرضاء فتح باب الغصب ، ويجوز بيعه وهبته مع الحرمة كالبيع الفاسد ، فإذا أدى بدله أو أبرأه المالك جاز له الانتفاع به لأنه صار راضياً بالإبراء وأخذ البدل ، والقياس أن يجوز له الانتفاع قبل الأداء ، وهو قول زفر وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأنه ثبت له الملك فيجوز له الانتفاع ولهذا جاز بيعه وهبته . وعن أبي يوسف أنه يزول ملك المالك عنه لكنه يباع في دينه وبعد الموت هو أحق به من باقي الغرماء ، ووجه آخر في الساجة واللبن أن ضرر المالك صار منجبراً بالقيمة ، وضرر الغاصب بالهدم لا يجبر فكان ما قلناه رعاية للجانبين فكان أولى ؛ ولو غصب خيطاً فخاط به بطن عبده أو أمته أو لوحاً فأدخله في سفينة انقطع ملك المالك إلى الضمان بالإجماع (ولو غصب تبرا فضربه دراهم أو دنانير أو آية لم يملكه) فيأخذها المالك ولا شيء للغاصب ، وقالوا : يملكها الغاصب وعليه مثلها لما تقدم أنه استهلك بصنعه من وجه لأن بالكسر فات بعض المقاصد ولأبي حنيفة أن العين باقية من كل وجه نظراً إلى بقاء الاسم والثنية والوزن وجريان الربا فيه والصنع فيها غير متقومة لما بينا أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالبنس . قال (ومن خرق ثوب غيره فأبطل عامة منفعتة ضمنه) لأنه استهلكه معنى كما إذا أحرقه ، فإذا ضمنه جميع القيمة ترك الثوب للغاصب لثلاثي مجتمع البدلان في ملك واحد وإن أمسك الثوب

وَمَنْ ذَبَحَ شاةَ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ يَدَهَا ، فَإِنْ شَاءَ الْمَالِكُ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا
وَأَخَذَهَا ، وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَهَا وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهَا ، وَفِي غَيْرِ مَا كَوَّلِ اللَّحْمِ يَضْمَنُ
قِيمَتَهَا بِقَطْعِ الطَّرْفِ ، وَمَنْ بَنَى فِي أَرْضِ غَيْرِهِ أَوْ غَرَسَ لَزِمَهُ قَلْعُهَا
وَرَدُّهَا ، وَمَنْ غَضَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ أَوْ سَوِيْقًا ، فَلْتَهُ بِسْمَنٍ فَاَلْمَالِكُ
إِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَرَدَّ زِيَادَةَ الصَّبْغِ وَالسَّوِيْقِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيَمَةَ الثَّوْبِ
أَبْيَضَ

ضمّنه النقضان لبقاء العين وبعض المنافع ، وإن كان خرقا قليلا يضمن نقصانه لما أنه
لم يفوت شيئا بل عيبه . واختلفوا في العيب الفاحش ، قيل هو أن يوجب نقصان ربع القيمة
فما زاد ، وقيل ما ينتقص به نصف القيمة ، والصحيح ما يفوت به بعض المنافع (١) ،
واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يدخله نقصان العيب . قال (ومن ذبح شاة غيره
أو قطع يدها ، فإن شاء المالك ضمّنه نقصانها وأخذها ، وإن شاء سلمه وضمّنه قيمتها)
لأنه إلتلاف من وجه لتفويت بعض المنافع من اللبن والنسل وغيرهما وبقاء البعض وهو
الأكل فثبت له الخيار كما في الثوب في الحرق الفاحش . قال (وفي غير ما كَوَّلِ اللحم
يضمن قيمتها بقطع الطرف) لأنه استهلكها من كل وجه ، ولو غضب دابة فقطع رجلها
ضمن قيمتها . وروى هشام إن أخذها المالك لشيء له وإن شاء تركها وأخذ القيمة عند
أبي حنيفة كما في الجثة العمياء خلافا لهما ؛ وإن قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحسانا
وقيمة النقضان قياسا . وفي جنایات الحسن عن أبي حنيفة لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار
عليه ربع قيمته ، وكذا كل ما يعمل عليه من البقر والإبل ، وما لا يعمل عليه ما نقص .
وقال في الجامع الصغير : وفي عين بقر الحزار وجزوره ربع القيمة ، وفي عين شاة القصاب
ما نقصها ، والحمل والطير والدجاجة والكلب ما نقصه . وقال أبو يوسف : عليه ما نقصه
في جميع البهائم اعتبارا بالشاة . ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام « قضى في عين الدابة
بربع القيمة » وكذا قضى عمر رضي الله عنه ، ولأنها تصلح للحمل والركوب والعمل ، ولا
تقوم هذه المصالح إلا بأربعة أعين عينيها وعيني المستعمل فصارت كذات أربعة أعين ،
فيجب في أحدها ربع القيمة كما قلنا في أحد الأهداب ربع الدية لما كانت أربعة . قال
(ومن بنى في أرض غيره أو غرس لزّمه قلعهما وردّها) على ما بينا في الإجازات . قال
عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » ولأنه أشغل ملك الغير فيؤمر بتفريغه دفعا
للظلم وردّا للحق إلى مستحقه . قال (ومن غضب ثوبا فصبّغه أحمر أو سويقا فلته بسمن
فالمالك إن شاء أخذها وردّ زيادة الصبغ والسويق ، وإن شاء أخذ قيمة الثوب أبيض

(١) بأن كان يصلح للبقاء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقميض اه ابن فرشته .

وَمِثْلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَهُمَا .

فصل

زَوَائِدُ الْغَضَبِ أَمَانَةٌ ، مُتَّصِلَةٌ كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةٌ ، وَيَضْمُنُّهَا بِالتَّعَدَّى أَوْ بِالْمَنْعِ بَعْدَ الطَّلَبِ ، وَمَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةَ بِالْوِلَادَةِ مَضْمُونٌ وَتُجْبَرُ بِوَلَدِهَا وَبِالْغُرَّةِ ؛ وَمَنَافِعُ الْغَضَبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ اسْتَوْفَاهَا أَوْ عَطَّلَهَا ،

ومثل السويق وسلمهما (لأن في ذلك رعاية الجانبيين على ما تقدم وصاحب الثوب صاحب الأصل فكان الخيار له . وقال في الأصل تجب قيمة السويق بناء على أنه يتغير بالقليل فلم يصر مثليا وسماه ههنا مثليا لقيام القيمة مقامه والألوان كلها سواء . وقال أبو حنيفة : السواد نقصان ، قيل هو اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن نقصه السواد فهو نقصان .

فصل

(زوائد الغضب أمانة متصلة كانت) كالسمن والجمال والحسن (أو منفصلة) كالولد والعقر والثمره والصوف واللبن لأن الغضب لم يردّ عليها لأنه إزالة يد المالك باثبات يده ولم يوجد فلا يضمن ، لأن ضمان الغضب ولا غصب محال . قال (ويضمنها بالتعدي) بأن أكله أو ذبحه أو باعه وسلمه (أو بالمنع بعد الطلب) لأن الملك ثابت للغير وقد تعدى فيه فيضمنه لما مرّ ، وإن طلب المتصلة لا يضمن بالبيع لأن الطلب غير صحيح لعدم إمكان ردّ الزوائد بدون الأصل ، وقالوا : يضمنها بالبيع والتسليم كالمنفصلة . ولأبي حنيفة أن سبب الضمان إخراج المحلّ من أن يكون منتفعا به في حقّ المالك ولم يوجد هنا لأن الزيادة المتصلة ما كان منتفعا بها في حقّ المالك لعدم يده عليها فلا يجب الضمان ولو زادت قيمتها فعليه قيمتها يوم الغضب لا غير لأنه سبب الضمان على ما تقدم . قال (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون) لفوات بعضها (ويجبر بولدها وبالغرة) لانعدام النقصان حكما ولأن العلوق أو الولادة سبب للزيادة والنقصان فلا يوجب الضمان كما إذا سقطت سنها ثم نيتت أو هزلت ثم سمت أو ردّ أرش اليد فانه ينجر به نقص القطع كذا هنا وصار كسمن المبيع ، وإن لم يكن بالولد وفاء انجر بقدره وضمن الباقي ، والغرة كالولد لأنها قائمة مقامه لوجهها بدلا عنه ، ولو ماتت وبالولد وفاء بقيمتها لاشيء عليه هو الصحيح ، لأنه لما ضمنها يوم الغضب ملكها من ذلك الوقت فتبين أن النقصان حصل على ملكه فلا حاجة إلى الجابر . قال (ومنافع الغضب غير مضمونة استوفاهما أو عطّلها) أو استغل لعدم ورود الغضب عليها ولا مماثلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان وهي لا تبقى زمانين ولأنها غير متقومة ،

وَمَنْ اسْتَهْلَكَ تَحْمَرُ الذَّمَّى أَوْ خِزِيرُهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَلَوْ كَانَ لِمُسْلِمٍ
فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَيَجِبُ فِي كَسْرِ الْمَعَازِفِ قِيمَتُهَا (سم) لِغَيْرِ اللَّهِوِ .

وإنما تقومت بالإجارة ضرورة ورود العقد عليها ولم يوجد ويضمن ما نقص باستعماله
لاستهلاكه بعض أجزائه . قال (ومن استهلك خمر الذمي أو خزيره فعليه قيمته ، ولو كانا
لمسلم فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وإنهم يدينون
بماليتهم ، فإن الخمر والخزير عندهم كاخل والشاة ، بل هما من أنفس الأموال عندهم .
وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها » : يعنى الجزية « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين » وللمسلمين التضمن باتلاف ما يعتقدونه مالا ، فكذا يكون الذمي ،
بخلاف المسلم لأنهما ليسا مالا في حقه أصلا ، وحرمة بدلها عليه كحرمتهما ، والخمر وإن
كان مثليا فالمسلم ممنوع عن تملكه فوجبت القيمة ، أما الربا فحرام عندهم وهو مستثنى عن
عقد الذمة . قال (ويجب في كسر المعازف قيمتها لغير اللهو) وسواء كانت لمسلم أو ذمي
كالبريط والطليل والدف والمزمار والحنك والعود ونحوها . ويجوز بيعها . وقالوا : لا يضمن
ولا يجوز بيعها لأنها أعدت للمعاصي فلا تضمن كالخمر ، ومتلفها يتأول فيها النهي عن
المنكر وأنه مأمور به شرعا فلا يضمن كإذن القاضي وبل أولى . ولأبي حنيفة أنها أموال
صالحة للانتفاع في جهة مباحة وتصلح لما يحل فيضمن ، والفساد بفعل فاعل مختار
فلا يسقط التقويم وجواز البيع لأنهما بناء على المالية وصار كالجارية المغنية ، وتجب قيمتها
لغير اللهو كالجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي ،
فانه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا . ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل
منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم ، وإن كان مقطوع
الرأس يضمن قيمته منقوشا لأنه غير حرام ، والتماثيل على البساط غير محرم فيجب قيمته
منقوشا . ولو غصب ثوبا فكساه للمالك ، أو طعما فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم به
برى من الضمان لأنه أعاد الشيء إلى يده وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة فيراً بالنص ،
وهو قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » ولو جاء الغاصب بقيمة
المغصوب إلى المالك فلم يقبلها أجبره الحاكم على قبولها ، فإن وضعها في حجره برى ،
وإن وضعها بين يديه لا يبرأ ، بخلاف ما إذا وضع المغصوب أو الوديعة بين يديه حيث يبرأ
لأن الواجب فيه رد العين وأنه يتحقق بالتخلية ، والواجب في الدين القبض لتحقيق المعاوضة
والمقاصة والقبض لا يحصل بالتخلية . وروى ابن سماعة عن محمد : للقاضي أن يأخذ المال
من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبا ويحفظه عليه ، فإن ضاع فجاء المالك فله أن
يضمن الغاصب والسارق ولا يبرأ بأخذ القاضي ، لأن للقاضي التصرف في مال الغائب فيها

كتاب إحياء الموات

المَوَاتُ : مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ ، وَلَيْسَ مِلْكُ مُسْلِمٍ وَلَا ذِمِّيٍّ ، وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ الْعُمَرَانِ ، إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ بِطَرْفِ الْعُمَرَانِ وَنَادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لَا يُسْمَعُ ، مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ (سَم) مَلَكَهُ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا ،

يُؤَدَّى إِلَى حِفْظِهِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى إِبْرَاءِ حَقِّهِ . وَلَوْ حُلَّ دَابَّةٌ رَجُلٍ أَوْ قِيدَ عَبْدِهِ ، أَوْ فَتَحَ قَفْصَهُ وَفِيهِ طَيْرٌ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ تَخَلَّلَ بَيْنَ فِعْلِهِ وَالتَّلَفِ فَعَلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ ، وَهُوَ ذَهَابُ الدَّابَّةِ وَالْعَبْدِ وَطَيْرَانِ الطَّيْرِ ، وَاخْتِيَارُهُمْ صَحِيحٌ وَتَرْكُهُ مِنْهُمْ مُتَصَوِّرٌ ، وَالِاخْتِيَارُ لَا يَنْعَدِمُ بِانْعِدَامِ الْعَقْلِ ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَجْنُونِ يَضْمَنْ مَا يَتْلَفُهُ وَإِنْ كَانَ مَعْدُومَ الْعَقْلِ ، فَيُضَافُ التَّلَفُ إِلَى الْمُبَاشَرَةِ دُونَ السَّبَبِ كَالْحَافِرِ وَالِدَافِعِ ، وَلَوْ حُلَّ فَمٌ زَقَ وَفِيهِ دَهْنٌ فَسَالَ ضَمْنُ لَأَنَّهُ تَسَبَّبَ لِتَلَفِهِ بِإِزَالَةِ الْمَسْكِ ، فَلَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّلَفِ فَعَلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ ؛ وَلَوْ كَانَ جَامِدًا فَشَقَّهُ فَذَابَ بِالشَّمْسِ ثُمَّ سَالَ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ الْجَامِدَ يَسْتَمْسِكُ بِنَفْسِهِ لَا بِالزَّقِ ، فَلَمْ يَكُنِ الشَّقُّ إِتْلَافًا وَإِنَّمَا صَارَ مَائِعًا بِالشَّمْسِ لَا بِفِعْلِهِ . ذَهَبَتْ دَابَّةٌ رَجُلٍ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا بِغَيْرِ إِرْسَالِ صَاحِبِهَا فَأَقْسَدَتْ زَرْعَ رَجُلٍ لِضَمَانٍ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ ذَهَبَتْ بِاخْتِيَارِهَا وَفَعَلَهَا هَدْرٌ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْعَجْمَاءُ جِبَارٌ » وَإِنْ أُرْسِلَتْ ضَمْنُ . رَجُلٌ وَجَدَ فِي زَرْعِهِ أَوْ دَارِهِ دَابَّةً فَأَخْرَجَهَا فَهَلَكَتْ أَوْ أَكَلَهَا الذَّبُّ لَمْ يَضْمَنْ نَصٌّ عَلَيْهِ مُحَمَّدٌ فِي الْمُنْتَقَى ، قَالُوا : وَالصَّحِيحُ إِنْ أَخْرَجَهَا وَلَمْ يَسْقِهَا لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ الْإِخْرَاجِ ، وَإِنْ سَاقَهَا بَعْدَ الْإِخْرَاجِ ضَمْنُ . رَجُلٌ أَدْخَلَ دَابَّةً فِي دَارٍ رَجُلٍ فَأَخْرَجَهَا صَاحِبُ الدَّارِ فَهَلَكَتْ لَا يَضْمَنْ . وَإِنْ وَضَعَ ثَوْبًا فِي دَارِهِ فَرَمَى بِهِ فَضَاعَ ضَمْنُ لِأَنَّ الثَّوْبَ لَا يَضُرُّ الدَّارَ وَكَانَ الْإِخْرَاجُ إِتْلَافًا ، وَالدَّابَّةُ تَضُرُّ بِالدَّارِ فَلَمْ يَكُنْ إِتْلَافًا .

كتاب إحياء الموات

(الموات : مَا لَا يَنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ) لَانْقِطَاعِ الْمَاءِ عَنْهُ ، أَوْ لَغُلْبَتِهِ عَلَيْهِ ، أَوْ كَوْنِهَا حَجَرًا أَوْ سَبْخَةً وَنَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا يَنْمَعُ الزَّرَاعَةُ ، سَمِيَتْ بِذَلِكَ لِعَدَمِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا كَالْمَيْتِ لَا يَنْتَفَعُ بِهِ ، فَمَا كَانَ كَذَلِكَ (وَلَيْسَ مِلْكُ مُسْلِمٍ وَلَا ذِمِّيٍّ وَهُوَ بَعِيدٌ عَنِ الْعُمَرَانِ ، إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ بِطَرْفِ الْعُمَرَانِ وَنَادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لَا يُسْمَعُ مِنْ أَحْيَاءِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ مَلَكَهُ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا) لِأَنَّ مَا كَانَ قَرِيبًا مِنَ الْعُمَرَانِ يَرْتَفِقُ النَّاسُ بِهِ عَادَةً فَيَطْرَحُونَ بِهِ الْبِيَادِرَ وَيَرْعُونَ فِيهِ الْمَوَاشِيَ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَعْتَبَرُ أَنْ لَا يَرْتَفِقَ بِهِ أَهْلُ الْقَرْيَةِ وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا ، وَالمُخْتَارُ هُوَ الْأَوَّلُ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ حَقِيقَةً أَوْ دَلَالَةً فَلَا يَكُونُ مَوَاتًا ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مُحْتَطَبًا لَهُمْ لَا يَجُوزُ

وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِرِ ، وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا ثَلَاثَ سِنِينَ فَلَمْ يَزْرَعْهَا دَفَعَهَا الْإِمَامُ إِلَى غَيْرِهِ .

إحياءه لأنه حقهم ، ويشترط في الإحياء إذن الإمام ، وقالوا : لا يشترط لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » ولأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » والمراد به في المباحات ، إلا أن الحطب والحشيش والماء خص عنه بالحديث ، فبقى الباقي على الأصل ، وحديثهما محمول على الإذن لقوم مخصوصين توفيقا بين الحديثين ، ولأنه وصل إلى يد المسلمين بالقتال والغلبة فيكون غنيمة ، ولا يحل لأحد بدون إذن الإمام كسائر الغنائم ، والمسلم والذي سواء ، لأن الإحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب ؛ ويجب فيها العشر على المسلم والحراج على الذي لأنه ابتداء وضع ، فيجب على كل واحد ما يليق به ، وإن سقاه بماء الحراج يعتبر بالماء ؛ والإحياء : أن يبنى فيها بناء ، أو يزرع فيها زرعاً ، أو يجعل للأرض مسناة (١) ونحو ذلك ، ويكون له موضع البناء والزرع دون غيره . وقال أبو يوسف : إن عمر أكثر من النصف كان إحياءاً لجميعها ، وإن عمر نصفها له ما عمر دون الباقي . وذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة إن حفر فيها بئراً أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع ، ولو شق فيها أنهاراً لم يكن إحياءاً إلا أن يجري فيها ماء فيكون إحياء (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لما بينا ؛ ومن أحيا مواتاً ثم أحاط الإحياء بجنونه الأربعة على التعاقب فطريق الأول في الأرض من الرابعة لتعينها ، روى ذلك عن محمد . ومن أحيا مواتاً ثم تركها فزرعها آخر ، قيل هي للثاني لأن الأول ملك استغلاها لارقتها ؛ وقيل هي للأول وهو الأصح لأنها ملكه بلام الملك في الحديث . قال (ومن حجر أرضاً ثلاث سنين فلم يزرعها دفعها الإمام إلى غيره) لأن التحجير ليس بإحياء ، والإمام دفعها لتحصيل المصلحة من العشر والحراج ، فإذا لم يحصل دفعها إلى غيره ليحصل . وسمى تحجيراً لوجهين : أحدهما من الحجر وهو المنع لأنه يمنع غيره عنها ؛ الثاني أنهم يضعون الأحجار حولها تعليماً لحدودها لئلا يشركهم فيها أحد . والتحجير أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصاناً يابسة أو قلع الحشيش أو أحرق الشوك ونحوه فانه تحجير ، وهو استيाम (٢) وليس بإحياء ، ولهذا لو أحياها غيره قبل ثلاث سنين ملكها لأنه أحياها ، كما يكره السوم على سوم أخيه ، ولو عقد جاز العقد والتقدير بثلاث سنين مروى عن عمر رضي الله عنه فانه قال : من أحيا أرضاً ميتة فهي له

(١) المسناة : ما يبنى للسيل ليردّ الماء اه مغرب .

(٢) قوله استيाम : أي تعليم .

وَمَنْ حَفَرَ بَثْرًا فِي مَوَاتٍ فَحَرَّمَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ لِلنَّاضِحِ (سم) وَالْعَطَنِ ، فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفَرَ فِي حَرِّمِهَا مُنِعَ ، وَحَرِّمُ الْعَيْنِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسُمِائَةَ ذِرَاعٍ ، وَالْقَنَاةُ عِنْدَ خُرُوجِ الْمَاءِ كَالْعَيْنِ ، وَلَا حَرِّمَ لِلنَّهْرِ الظَّاهِرِ (سم) إِذَا كَانَ فِي مِلْكٍ الْغَيْرِ إِلَّا بِبَيْتَةٍ ، وَكَذَا لَوْ حَفَرَهُ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ لِاحْرِمَ لَهُ ،

وليس للمحجر بعد ثلاث حق . قال (ومن حفر بثرًا في موات فحرّمها أربعون ذراعًا من كل جانب للناضح والعطن) عند أبي حنيفة (فمن أراد أن يحفر في حرّمها منع) لأن في الأراضي الرخوة يتحوّل الماء إلى ما يحفر دونها فيؤدّي إلى اختلال حقه ، ولأنه ملك الحرّم ليتمكن من الانتفاع به وذلك بمنعه . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت للناضح فستون لحديث الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرّم العين خمسمائة ذراع ، وحرّم بثر العطن أربعون ذراعًا ، وحرّم بثر الناضح ستون ذراعًا » ولأنه يحتاج فيها إلى مير الدابة للاستقاء وقد يطول الرشا وبثر العطن يستقى منها بيده فكانت الحاجة أقل . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بثرًا فله ما حولها أربعون ذراعًا عطنا لما شئته » من غير فصل ، ولأن استحقاق الحرّم على خلاف القياس لأنه في غير موضع الإحياء وهو الحفر ، وإنما تركناه في موضع اتفق الحديثان فيه ، وما اختلفا فيه يبقى على الأصل ، ويمكنه أن يدير الدابة حول البثر فلا يحتاج إلى زيادة مسير . وقال أبو حنيفة : جعل في حديث الزهري ستين ذراعًا حرّمًا لمدّ الحبل لأنه يملك ما زاد على الأربعين ، ولو احتاج إلى سبعين بمدّ الحبل إليه ، وكان له مدّ الحبل لأنه يملكه . وذكر في النوادر عن محمد أن حرّم بثر الناضح بقدر الحبل سبعون كان أو أكثر ، والعطن : مبرك الإبل حول الماء ، يقال : عطنت الإبل فهي عاطنة وعواطن إذا سقيت وتركت عند الحياض لتعاد إلى الشرب ؛ والنواضح : الإبل التي تسقى الماء ، والواحد ناضح ، وفي الحديث « كل ماسق من الزرع نضحا ففيه نصف العشر » . قال (وحرّم العين من كل جانب خمسمائة ذراع) لما سبق من الحديث ، ولأن العين تستخرج للزراعة ، ولا بدّ من موضع حوض يجمع فيه الماء ، وساقية يجرى فيها الماء إلى المزارع فاحتاج إلى مسافة أكثر من البثر . قال (والقناة عند خروج الماء كالعين) وقبله قيل هو مفوّض إلى رأى الإمام ، لأنه لا بدّ للقناة من الحرّم للمقي طينه ما لم يظهر ، فاذا ظهر فهو كالعين الفوّارة ، يزرع فوقها . أما على قول أبي حنيفة لاحتريم للقناة ما لم يظهر الماء ، لأنه نهر مطوّى فيعتبر بالنهر الظاهر (ولا حرّم للنهر الظاهر) عند أبي حنيفة (إذا كان في ملك الغير إلا ببينة ، وكذا لو حفره في أرض موات لاحتريم له) خلافا لهما . وقال المحققون من مشايخنا : للنهر حرّم بقدر

وَلَوْ غَرَسَ شَجَرَةً فِي أَرْضِ مَوَاتٍ فَحَرَمُهَا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسَةَ أَذْرُعٍ ،
وَمَا عَدَلَ عَنْهُ الْفُرَاتُ وَدَجَلَةُ يُجُوزُ أَحْيَاؤُهُ إِنْ لَمْ يُحْتَمَلْ عَوْدُهُ إِلَيْهِ ،
وَلِنْ اِحْتِمَلْ عَوْدُهُ لَا يُجُوزُ .

كتاب الشرب

وَهُوَ النَّصِيبُ مِنَ الْمَاءِ ، وَقِسْمَةُ الْمَاءِ بَيْنَ الشَّرَكَاءِ

ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه بالاتفاق . ثم قال أبو يوسف : حريمه مقدار عرض نصف
النهر من كل جانب ، لأن الاعتبار الحاجة الغالبة ، وذلك بنقل ترابه إلى حافته فيكنى
ما ذكرنا . وقال محمد : عرض جميع النهر من كل جانب لأنه قد لا يمكنه إلقاء التراب من
الجانبين فيحتاج إلى إلقائه في أحدهما فيقدر في كل طرف بيطن النهر والحوض على هذا
الاختلاف . لهما أنه لا انتفاع بالنهر والحوض إلا بالحريم لأنه يحتاج إلى المشى فيه لتسهيل
الماء ، ولا يكون ذلك عادة في بطنه وإلى إلقاء الطين وأنه يخرج بنقله ، فوجب أن يكون
له حريم كالبر . وله أن الحريم على خلاف القياس لما مر تركناه في البر بالحديث ،
ولأن الحاجة في البر أكثر لأنه لا يمكن الانتفاع بماء البر بدون الاستسقاء ولا استسقاء إلا
بالحريم . أما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم . ثم قال (ولو غرس شجرة في أرض
موات فحريمها من كل جانب خمسة أذرع) ليس لغيره أن يغرس فيه ، لما روي « أن رجلا
غرس شجرة في أرض فلاة ، فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة إلى جانب شجرته ، فشتما
الأول إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر أن يؤخذ من شجرته جريدة فتذرع ، فبلغ
خمس أذرع ، فجعل له صلى الله عليه وسلم الحريم من كل جانب خمسة أذرع وأطلق للآخر
فيما وراء ذلك » هذا الحديث ذكره أبو داود في سننه ، وذكر في رواية « سبعة أذرع » .
قال في المحيط : هذا حديث صحيح يجب العمل به . قال (وما عدل عنه الفرات ودجلة يجوز
أحياؤه إن لم يحتمل عوده إليه) لأنه كالموات وهو في يد الإمام إذا لم يكن حريما لعامر
(وإن احتمل عوده لا يجوز) لحاجة العامة إليه ، والله عز وجل أعلم بالصواب .

كتاب الشرب

(وهو النصيب من الماء) للأراضي وغيرها . قال الله تعالى - لها شرب ولكم شرب
يوم معلوم - . قال (وقسمة الماء بين الشركاء جائزة) وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
والناس يفعلونه فأقرهم عليه ، وتعامله الناس إلى يومنا من غير نكير ، وهو قسمة باعتبار
الحق دون الملك ، لأن الماء غير مملوك في النهر ، والقسمة تارة تكون باعتبار الملك ،

وَيُجُوزُ دَعْوَى الشَّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ ، وَيُورَثُ ، وَيُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ
وَلَا يَبَاعُ ، وَلَا يُوْهَبُ ، وَلَا يُتَصَدَّقُ بِهِ ، وَلَا يَصْلَحُ مَهْرًا ، وَلَا بَدَلًا
فِي الْخُلْعِ ، وَلَا بَدَلًا فِي الصِّلَحِ عَنْ دَعْوَى الْمَالِ وَلَا فِي الْقَصَاصِ .

وَالْمِيَاهُ أَنْوَاعٌ : مَاءُ الْبَحْرِ ، وَهُوَ عَامٌ لِجَمِيعِ الْخَلْقِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِالشَّقَةِ
وَسَقَى الْأَرْضِ وَشَقَى الْأَنْهَارِ وَالْأَوْدِيَةِ وَالْأَنْهَارُ الْعِظَامُ كَجَبْحُونٍ وَسَبْحُونٍ
وَالنَّيْلِ وَالْفُرَاتِ وَدَجَلَةَ ، فَالنَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِيهِ فِي الشَّقَةِ وَسَقَى الْأَرْضِ
وَتَصَبُّ الْأَرْحِيَةِ .

وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنائم . قال (ويجوز دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا
لجواز أن يكون الشرب حقا له بدون الأرض بأن اشترى الأرض والشرب ثم باع الأرض
وبقى الشرب أو ورثه ، وقد يملك بالإرث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والحمر ؛ وإذا
شهدوا بشرب يوم من النهر لا تقبل إذا لم يقولوا من كم يوم ، ولو ادعى أرضا على نهر
شربها منه فشهدوا له بالأرض قضى بها وبجصتها من الشرب ، لأن الأرض لا تنفك عن
الشرب ؛ ولو ادعى الشرب وحده فشهدوا له لا يقضى بشيء من الأرض . قال (ويورث
ويوصى بمَنْفَعَتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ) لأنه حق مالي فيجوز فيه الإرث ، وجهالة الموصى به لا تمنع
الوصية ، لأن الوصية من أوسع العقود حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم ؛ قال (ولا يباع
ولا يوهب ، ولا يتصدق به) للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ، ولأنه ليس بمقتوم
حتى لو سقى به غيره لا يضمن (ولا يصلح مهرا) لما بينا ويجب مهر المثل (ولا بدلا في
الخلع) حتى ترد ما قبضت من المهر (ولا بدلا في الصلح) عن دعوى المال (ولا
في القصاص) ويسقط القصاص وتجب الدية .

(والمياه أنواع) الأول (ماء البحر) وهو عام لجميع الخلق الانتفاع به بالشقة
وسقى الأراضي وشق الأنهار لا يمنع أحد من شيء من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء .
(و) الثاني (الأودية والأنهار العظام كجبحون وسبحون والنيل والفرات ودجلة ،
فالناس مشتركون فيه في الشقة وسقى الأراضي ونصب الأرحية) والدوالي إذا لم يضر
بالعامة ، وذلك بأن يجي مواتا ويشق نهر لسقيها ليس في ملك أحد لأنه مباح في الأصل
وغلبة الماء تمنع قهر غيره واستيلاءه عليه ، وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك ، لأن
دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك بأن يكسر صفته فيميل الماء إلى جانبها فيفرق الأراضي
والقرى ، وكذا شق الساقية للرحى والدالية .

وَمَا يَجْرَى فِي نَهْرٍ خَاصٍّ لِقَرْيَةٍ فَلْيَغْيِرْهُمْ فِيهِ شَرِكَةٌ فِي الشَّقَّةِ ؛ وَمَا أُحْرَزَ فِي حُبٍّ وَنَحْوِهِ فَلْيَنْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا بِدُونِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَلَهُ بَيْعُهُ ، وَلَوْ كَانَتِ الْبُتْرُ أَوْ الْعَيْنُ أَوْ النَّهْرُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ لَهُ مُنْعٌ مَنْ يُرِيدُ الشَّقَّةَ مِنَ الدُّخُولِ فِي مِلْكِهِ إِنْ كَانَ يَجِدُ غَيْرَهُ بِقُرْبِهِ فِي أَرْضٍ مُبَاحَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَلِمَا أَنْ يَتْرُكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُخْرِجَ الْمَاءَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ مَنَعَهُ وَهُوَ يَخَافُ الْعَطَشَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَطْيَبَتِهِ قَاتَلَهُ بِالسَّلَاحِ ، وَفِي الْمَحْرَزِ بِالْإِنَاءِ يُقَاتِلُهُ بِغَيْرِ سِلَاحٍ ، وَالطَّعَامُ حَالَةَ الْمَخْمُطَةِ كَالْمَاءِ الْمَحْرَزِ بِالْإِنَاءِ .

(و) الثالث (ما يجري في نهر خاص لقريه فلغيرهم فيه شركة في الشقة) وهو الشرب والسقي للدواب ، ولهم أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لاغير ، وإن أتى على الماء كله . روى أنه وردت على أبي حنيفة مسائل من خراسان فدفعها إلى زفر ليكتب فيها : منها رجل له ماء يجري إلى مزارعه فيجىء رجل فيسقي إبله ودوابه منه حتى ينقذه كله هل له ذلك ؟ فكتب زفر : ليس له ذلك ، فعرضها على أبي حنيفة فغلظه وقال : لصاحب الإبل ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث » الحديث ، والحديث يشمل الشرب والشرب ، إلا أن الشرب خص في النهر الخاص دفعا للضرر من أهله ، وبقي حق الشفة للضرورة إما لشدة الحاجة ؛ أو لأنه لايقدر على استصحاب الماء في كل مكان . والبئر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص .

(و) الرابع (ما أحرز في حب ونحوه فليس لأحد أن يأخذ منه شيئا بدون إذن صاحبه وله بيعه) لأنه ملكه بالإحراز وصار كالصيد والحشيش إلا أنه لايقطع في سرقته لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث . قال (ولو كانت البئر أو العين أو النهر في ملك رجل له منع من يريد الشفة من الدخول في ملكه . إن كان يجد غيره بقربه في أرض مباحة ، فإن لم يجد فاما أن يتركه يأخذ بنفسه) بشرط أن لايكسر ضفته (أو يخرج الماء إليه ، فإن منعه وهو يخاف العطش على نفسه أو مطيبتة قاتله بالسلاح) لما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا ، فقالوا لهم : إن أعاننا وأعان مطايانا قد كادت تنقطع فأبوا أن يعطوهم ؛ فذكروا ذلك لعمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح ؟ ولأنه منع المضطر عن حقه ، لأن حقه ثابت في الشفة فكان له أن يقاتله بالسلاح (وفي المحرز بالإناء يقاتله بغير سلاح) لأنه ملكه بالإحراز حتى كان له تضمينه ، إلا أنه مأمور أن يدفع إليه قدر حاجته فبالمنع خالف الأمر فيؤدبه (والطعام حالة المخمصة كالماء المحرز بالإناء) في الإباحة والمقاتلة والضمان لما بينا ،

فصل

كَرَى الْأَنْهَارِ الْعِظَامَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَمَا هُوَ مَمْلُوكٌ لِلْعَامَةِ فَكَرِيهِهُ
عَلَى أَهْلِهِ ، وَمَنْ أَبِي مِنْهُمْ يُجْبَرُ ،

ولو كان النهر أو البئر في موات قد أحياء فليس له أن يمنع صاحب الشفة من الدخول إذا كان لا يكسر المسناة ، لأن الموات كان مشتركا والإحياء لحق مشترك فلا يقطع حق الشفة . والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون » وفي رواية « الناس » مشتركون في ثلاث : في الماء والكلاء والنار . أثبت الشركة فيها للناس كافة ، المسلمون والكفار فيه سواء فحكم الماء ما ذكرنا . وأما الكلاء إن كان في أرض مباحة فالناس فيه شركاء في الاحتشاش والرعى كاشتراكهم في ماء البحر ، وإن كان في أرض مملوكة وقد نبت بنفسه فهو كالنهر في أرضه لا يمنع عنه وله المنع من الدخول في ملكه ، وإن لم يجد غيره فعلى التفصيل الذي ذكرنا في الماء ، وإن أنبت في أرضه فهو مملوك له ، والكلاء ما انبسط على الأرض ولا ساق له كالإذخر ونحوه ، أما ماله ساق فهو شجر وهو ملك لصاحب الأرض لأنه عليه الصلاة والسلام إنما أثبت الشركة في الكلاء لافي الشجر ، والعوسج من الشجر . وأما النار فلو أوقد نارا في مفازة فالجمر ملكه وليس له أن يمنع أحدا من الاستضاءة والاصطلاء وأن يتخذ منها سراجا ، لأن الجمر من الحطب وأنه ملكه والنور جوهر الجمر ، ولأننا لو أطلقنا الناس في أخذ الجمر لم يبق له ما يصطلي به ولا ما ينخبز به ويطبخ به ، وإن أوقد النار في ملكه فله أن يمنع غيره من الدخول في ملكه لامن النار كما مر في الماء والكلاء .

فصل

(كرى الأنهار العظام على بيت المال) وهي التي لا تدخل في المقاسم كسيحون وإخوته جيحون والنيل ودجلة والفرات وما شابهها ، لأن منفعتها للعامة فيكون في مالهم ، فإن لم يكن في بيت المال شيء أجبر الناس على كربه إذا احتاج إلى الكرى لإحياء لحق العامة ودفعاً للضرر عنهم ، لكن يخرج الإمام من يطبق العمل ويجعل مثونتهم على المياسير الذين لا يطبقونه (وما هو مملوك للعامة فكربه على أهله) لأن منفعتهم لهم (ومن أبي منهم يجبر) دفعاً للضرر العام ، وهو ضرر الشركاء بالضرر الخاص ، كيف وفيه منفعتهم فلا يعارضه وإن كان فيه ضرر عام بأن خافوا أن ينشق النهر فيخرج الماء إلى طريق المسلمين وأراضيهم ، فعليهم تحصينته بالحصص ، والنهر المملوك لجماعة مخصوصين فكربه عليهم ، ومن أبي منهم قيل يجبر لما مر ، وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه بالكرى بأمر القاضي ، ثم يرجع على الآبر ، ولا كذلك الأول .

وَمَثُونَةُ الْكَرَى إِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ تَرَفَّعَ عَنْهُ (سم) ، وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ الشَّقَةِ شَيْءٌ مِنَ الْكَرَى . نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لَيْسَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ مِنْهُ . نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ اخْتَصَمُوا فِي الشَّرْبِ فَهُوَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ أَرْضِهِمْ ، وَلَيْسَ لِلْأَعْلَى أَنْ يُسْكِرَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ إِلَّا بِتَرْضَائِهِمْ ،

قال (ومثونة الكرى إذا جاوز أرض رجل ترفع عنه) وقالوا : الكرى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بمخصص الشرب والأراضي لأن الأعلى يحتاج إلى ما وراء أرضه لتسهيل ما فضل من مائه كى لا يغرق أهله . ولأبى حنيفة أنه متى جاوز الكرى أرضه تمكن من سقيها واندفعت حاجته فلا يلزمه ما بعد ذلك ، حتى لو أمكنه السقى بدون الكرى لا يجب عليه الكرى وما ذكر من الحاجة يندفع بسده من أعلاء ، وليس على صاحب المسيل عمارته كمن له على سطح آخر مسيل ماء . وإذا جاوز الكرى أرض رجل هل له أن يفتح الماء ؟ قيل له ذلك لأن الكرى قد انتهت في حقه ، وقيل لا ، لأنه لا يختص بالانتفاع بالماء ، ولهذا جرت العادة بالكرى من أسفل النهر أو بترك بعضه من أعلاه . قال (وليس على أهل الشقة شيء من الكرى) لأنها شركة عامة . قال (نهر لرجل يجري في أرض غيره ليس لصاحب الأرض منه) لأن صاحب النهر مستعمل له بأجراء مائه عملا بالبيئة ، وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح والميزاب والطريق في دار غيره إلا أنه لا بد له أن يقول في الدعوى مصب ماء الوضوء أو المطر أو غيره لمكان التفاوت . قال (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود من الشرب سقى الأرض فيقدرها ، بخلاف الطريق لأن الطريق إلى الدار الواسعة والضيقة سواء ، ولو كان لبعض الأراضي ساقية وللبعض دالية ولا شيء للبعض وليس لها شرب معلوم فالشرب بينهم على قدر أراضيهم التي على حافة النهر ، لأن المقصود من النهر سقى الأرض لا اتخاذ السواقي والدوالي فيستوى حالهم فيما هو المقصود ، ولأن الأراضي في الأصل لا بد لها من شرب ؛ وإن كان لها شرب معروف من غير هذا النهر فلا حق له في هذا النهر . قال (وليس للأعلى أن يسكر (١) حتى يستوفى لإبتراضيهم) لما فيه من إبطال حق الباقي وهو منع الماء عنهم في بعض المدة ، ولأنه يحتاج إلى إحداث شيء في وسط النهر وربما ينكس ما يحدث فيه عند السكر ، ورقبته مشتركة بينهم فلا يجوز لكن يشرب بمحضته ، فإذا رضوا بذلك جاز لأن الحق لهم ، وكذلك لو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد في نوبته جاز لما قلنا . لكن لا يسكر إلا بلوح أو باب ولا يسكر بالطين والتراب لأنه يكبس النهر وفيه ضرر ، وإن

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَشُقَّ مِنْهُ نَهْرًا ، أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحَى أَوْ يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا أَوْ يُوسِّعَ قَهْ ، أَوْ يَسُوقَ شَرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا شَرْبٌ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ ، وَلَوْ كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِالْكُوى فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَقْسِمَ بِالْأَيَّامِ ، وَلَا مُنَاصَفَةً ، وَلَا يَزِيدُ كُوةً ، وَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِالْبَاقِينَ .

كتاب المزارعة

وَهِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ ، وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَ مُحَمَّدٍ ،

لم يسكر باللوح فبالتراب . قال (وليس لأحدهم أن يشق منه نهرا ، أو ينصب عليه رحى ، أو يتخذ عليه جسرا أو يوسع قه ، أو يسوق شربه إلى أرض ليس لها شرب إلا بتراضيه) أما شق النهر ونصب الرحى فلأن فيه كسر ضفة النهر وشغل ملك الغير بينائانه ، إلا أن لا تضر الرحى بالنهر ولا بالماء ويكون مكانها له خاص فيجوز ، لأنه تصرف في ملكه من غير إضرار بالغير . وأما اتخاذ الجسر فهو كطريق خاص بين قوم والقنطرة كالجسر . وأما توسعة قه لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه . وأما سوق شربه إلى أرض أخرى فلأنه ربما تقادم العهد فيدعيه ويستدل به على أنه له ، فإذا رضوا بذلك جاز لأنه حقه . قال (ولو كانت القسمة بالكوى فليس لأحدهم أن يقسم بالأيام ، ولا مناصفة) لأن الحق ظهر بذلك فيترك على حاله ، إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما . قال (ولا يزيد كوة وإن كان لا يضر بالباقيين) لما بينا ، بخلاف النهر الأعظم لأن له أن يشق فيه نهرا مبتداً فزيادة الكوة أولى .

كتاب المزارعة

(وهى) مفاعلة من الزراعة وهى الحرث والفلاحة ، وتسمى مخابرة ، مشتقة من خير « فإنه صلى الله عليه وسلم دفع خير مزارعة » فسميت المزارعة مخابرة لذلك ، أو من الخبير وهو الإكار ، أو من الخبرة بالضم : النصيب ، أو من الخبار : الأرض اللينة ، وتسمى المحاقلة مشتقة من الحقل وهو الزرع إذا تشعب قبل أن يغلظ سوقه ، وقيل الحقل : الأرض الطليقة الخالصة من شائبة السيخ الصالحة للزراعة وتسميه أهل العراق القراح . وفى الشرع (عقد على الزرع ببعض الخارج ، وهى جائزة عند أبي يوسف ومحمد) لأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خير على نصف ما يخرج من تمر وزرع ، ولأن الحاجة ماسة إليها لأن صاحب الأرض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجر به والقادر على العمل

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ فَاسِدَةٌ ، وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا ، وَلَا بُدَّ فِيهَا مِنَ التَّاقِيَةِ ، وَمِنْ صِلَاحِيَةِ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ ، وَمِنْ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الْبَذْرِ ، وَمَعْرِفَةِ جَنْسِهِ ، وَتَصِيبِ الْآخَرِ ، وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ ، وَأَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا حَتَّى لَوْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قَفْزَانًا مَعْلُومَةً ، أَوْ مَا عَلَى السَّوَادِ ، أَوْ أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْبَذْرِ بِذَرَّةٍ ، أَوْ الْخَرَجُ فَسَدَتْ ، وَإِنْ شَرَطَ رَفَعَ الْعُشْرَ جَازَ ،

لايجد أرضا ولا ما يعمل به ، فدعت الحاجة إلى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة (وعند أبي حنيفة هي فاسدة) لما روى رافع بن خديج قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا ، نهانا إذا كان لأحدنا أرض أن نعطيا ببعض الخارج ثلثه أو نصفه ، وقال : من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه » وهذا متأخر عما كانوا يعتقدونه من الإباحة ويعملونه فاقتضى نسخه . وعن زيد بن ثابت قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قال : قلت وما المخابرة ؟ قال : أن تأخذ أرضا بثلث أو نصف أو ربع » وعن ابن عمر قال : كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى ذكر رافع بن خديج « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » فتركناه من أجل قوله ؛ ولأنه استنجار بأجرة مجهولة معدومة وذلك مفسد ؛ ولأنه استنجار ببعض ما يحصل من عمله فلا يجوز كقفيز الطحان ، وحديث خير محمول على أنه خراج مقاسمة ، فانه عليه الصلاة والسلام لما فتح خير عنوة ترك خير على أهلها بوظيفة وظفها عليهم ، وهى نصف ما يخرج من نخيلهم وأراضيهم (والفتوى على قولهما) لحاجة الناس ، وقد تعامل بها السلف فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة . قال الحصري : وأبو حنيفة هو الذى فرع هذه المسائل على أصوله لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله . قال (ولا بدَّ فيها من التَّاقِيَةِ) لأنها تنعقد لإجارة ابتداء وشركة انتهاء ، ولأنها ترد على منفعة الأرض والعامل فلا بدَّ من تعيين المدة كالإجارة . قال (ومن صلاحية الأرض للزراعة) ليحصل المقصود إذ هى المحل . قال (ومن معرفة مقدار البذر) قطعاً للمنازعة (ومعرفة جنسه) لأنه الأجرة (ونصيب الآخر) لأنه يستحقه عوضا بالشرط ، ولا بدَّ أن يكون العوض معلوما . قال (والتخلى بين الأرض والعامل) لما مرَّ فى المضاربة (وأن يكون الخارج مشتركا بينهما) لما مرَّ فى المضاربة فكل شرط يؤدّى إلى قطع الشركة يفسدها (حتى لو شرطاً لأحدهما قفزاناً معلوماً ، أو ما على السواقي ، أو أن يأخذ ربُّ البذر بذره ، أو الخراج فسدت) لأنه يؤدّى إلى قطع الشركة ، وقد مرَّ فى المضاربة . قال (وإن شرط رفع العشر جاز) لأنه لا يؤدّى إلى قطع الشركة لأنه لا بدَّ أن يبقى بعده تسعة أعشار فتبقى الشركة فيه ، بخلاف الخراج والبذر لأنه قد لا يخرج

وَلَا إِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ ، وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ لِآخَرَ ، أَوْ كَانَتِ الْأَرْضُ لِوَاحِدٍ وَالْبَاقِي لِآخَرَ ، أَوْ كَانَ الْعَمَلُ مِنْ وَاحِدٍ وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَهِيَ صَحِيحَةٌ .
وَلَا إِذَا تَحَتَّ الْمَزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءٌ لِلْعَامِلِ
وَمَا عَدَا هَذِهِ الْوُجُوهُ فَاسِدَةٌ ،

إلا ذلك القدر أو أقل منه ، فيؤدى إلى قطع الشركة فيطل . قال (وإذا كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر ، أو كانت الأرض لواحد والباقي لآخر ، أو كان العمل من واحد والباقي لآخر فهي صحيحة) لأنه استتجار للأرض أو للعامل ، أما الأول فلأنه استتجار للعامل والبقر آلة العمل فكانت تابعة له لا يقابلها أجره كآلة الخياط . وأما الثاني فهو استتجار الأرض ببعض معلوم فصار كالدرهم المعلوم . وأما الثالث فهو استتجار للعامل ليعمل بآلة المستعمل كما إذا شرط على الخياط أن يخط بآلة صاحب الثوب (وإذا صحّت المزارعة فالخارج على الشرط) عملاً بالتزامهما ، قال عليه الصلاة والسلام « المؤمنون عند شروطهم » (فان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لأنها شركة في الخارج ولا خارج وصار كالمضارب إذا لم يربح ، وإن كانت إجارة فقد عين الأجرة فلا يستحق غيرها ، بخلاف الفاسدة ، لأن أجر المثل يتعلق بالذمة فلا يفوت بفوات الخاوج . قال (وما عدا هذه الوجوه فاسدة) وهي ثلاثة أيضا : وهي أن يكون البقر والآلات من رب الأرض والبذر من العامل ، أو يكون البذر من أحدهما والباقي من الآخر ، أو تكون الأرض من واحد والبقر من آخر والبذر من آخر والعمل من آخر . أما الأول فذكر رواية الأصل . وروى عن أبي يوسف رحمه الله جوازه لأنه استتجار الأرض ببعض الخارج فيجوز ويجعل البقر تبعا للأرض كما يجعل تبعا للعامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر من جنس منفعة العامل لأن الكل عمل فأمكن جعلها تبعا للعامل وليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها بخلق الله تعالى يحصل بها النماء فلا يمكن جعلها تبعا . وأما الثاني فلأنه شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . وأما الثالث فلما روى أن أربعة اشتركوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبل أحدهم الأرض ، ومن قبل الآخر البذر ، ومن قبل الآخر البقر ، ومن قبل الآخر العمل فأبطلها عليه الصلاة والسلام . قال أبو جعفر الطحاوى رحمه الله في شرح الآثار : فرزعو ثم حصدوا ثم أتوا النبي صلى الله عليه وسلم ، فجعل الزرع لصاحب البذر ، وجعل لصاحب العمل أجرا معلوما ، وجعل لصاحب الفدان كل يوم درهما ، وألغى الأرض في ذلك . ووجه آخر فاسد أيضا ، وهو أن يكون البذر والبقر من جانب والعمل والأرض من جانب ، لما مر في الوجه الثاني .

وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر ، وللاخير أجر عمله أو أجر أرضه لايزاد على قدر المسمى (م) ، ولو شرطا التبن لرب البذر صح ، وإن شرطاه للاخير لايصح ، وإن عقداها فامتنع صاحب البذر لم يجبر ، وإن امتنع الآخر أجبر إلا أن يكون عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة ،

قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه ، والآخر إنما يستحقه بالتسمية وقد فسدت (وللاخير أجر عمله) إن كان البذر من رب الأرض (أو أجر أرضه) إن كان البذر من قبل العامل (لايزاد على قدر المسمى) لأنه رضى بقدر المسمى . وقال محمد رحمه الله : تجب بالغة ما بلغ ، وقد سبق في الإجارة . وإذا كان البذر لرب الأرض في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأنه نماء بذره في أرضه ، وإن كان من العامل طاب له قدر بذره وقدر أجر الأرض ، وتصدق بالفضل لأنه حصل من بذره لكن في أرض مملوكة للغير بعقد فاسد أوجب خبثا ، فما كان عوض ماله طاب له وتصدق بالفضل ، وإن شرطتا عملهما جميعا فهي فاسدة ، لأن البذر إن كان من صاحب الأرض وتد شرط عمله لم توجد التولية بين الأرض والعامل ، وقد بينا أنها شرط ؛ وإن كان من العامل فالعامل قد استأجر الأرض ، فاذا شرط عمل صاحبها لم يسلم له ما استأجر فيظل ، ولو شرطا الخارج كله لأحدهما والبذر من صاحب الأرض جاز ، فإن شرطاه له يكون مستعينا بالعامل ليزرع أرضه ، وإن شرطاه للعامل يكون إجارة للأرض وإقراضا للبذر منه ؛ وإن كان البذر من العامل فإن شرطاه لرب الأرض فسدت ، والخارج لرب البذر وعليه مثل أجر الأرض لأنه يصير مستأجرا للأرض بجميع الخارج وأنه يقطع الشركة ، وإن شرطاه للعامل جاز ويكون معبرا أرضه منه . قال (ولو شرطا التبن لرب البذر صح) معناه بعد شرط الحب بينهما لأنه حكم العقد لأن التبن من البذر (وإن شرطاه للاخير لايصح) لأنه ربما لا يخرج إلا التبن ، وهو إنما يستحقه بالشرط ، ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صححت الشركة في المقصود ، والتبن لرب البذر لأنه نماء بذره ، وقيل بينهما تبعا للحب ؛ ولو شرطا التبن لأحدهما والحب للاخر فهي فاسدة لأنه ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب . قال (وإن عقداها فامتنع صاحب البذر لم يجبر) ولا شيء عليه من عمل الكراب في القضاء ، ويلزمه ديانة أن يرضيه لأنه غره ؛ والأصل فيه أن المزارعة غير لازمة في حق صاحب البذر لأنه لا يمكنه الوفاء بالعقد إلا باتلاف ماله وهو البذر ، وهي لازمة في حق الآخر ، لأن منفعة العامل أو منفعة الأرض صارت مستحقة للاخر فيجب عليه تسليمها . قال (وإن امتنع الآخر أجبر) لأن العقد لازم كالإجارة ولا ضرر عليه في الوفاء به (إلا أن يكون عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة) لأنها في معنى الإجارة ؛ وإذا لزم رب الأرض دين واحتاج

وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ الْكِرَابِ وَحَقَرِ الْأَنْهَارِ ، وَأُجْرَةِ الْحَصَادِ وَالرَّفَاعِ وَالْدِيَّاسِ وَالتَّنْذِرِيَّةِ عَلَيْهِمَا بِالْحَصَصِ ، وَلَوْ شَرَطَا ذَلِكَ عَلَى الْعَامِلِ لَا يَجُوزُ ، وَعَنْ أَبِي يُونُسَ جَوَّازُهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ؛ وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَتْ ؛

إلى بيعها فيه باعها الحاكم كما في الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بأجرة الكراب وحفر الأنهار) لأن المنافع إنما تنقوم بالعقد وإنما قومت بالخارج وقد انعدم ؛ ولو نبت الزرع ولم يحصد لا تباع الأرض حتى يستحصدا لما فيه من إبطال حق المزارع وتأخير حق رب الدين أهون ، ولا يحبس القاضي لأنه ليس بظالم والحبس جزاء الظلم . قال (وأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص) لأن العقد انتهى بانتهاء الزرع لحصول المقصود ، فبقى مالا مشتركا بينهما بغير عقد فتكون مثنوته عليهما ؛ فان أنفق أحدهما بغير إذن الآخر ولا أمر القاضي فهو متبرع ، إذ لا ولاية له عليه (ولو شرطنا ذلك على العامل لا يجوز) وأصله أنه متى شرط في المزارعة ما ليس من أعمالها فسدت ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما فصار كاشتراط الحمل عليه (وعن أبي يوسف جواز ، وعليه الفتوى) للتعامل كالاتصناع ؛ ولو شرطنا ذلك على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم التعارف ، وإن شرطنا ما هو من أعمال الزراعة لا يفسدها ، وهو كل عمل ينبت ويزيد في الخارج ، وما لا ينبت ولا يزيد ليس من عملها ، وكل شرط ينفع به رب الأرض بعد انقضاء المدّة يفسدها ، ككرى الأنهار ، وطرح السريقين في الأرض ، وبناء الحائط ، وتثنية الكراب ؛ وقيل إن كانت المزارعة ستين لا تفسد في الثانية ، لأن منفعتها لا تبقى ؛ وقيل إن كان في الخضرة لا تفسد أيضا ، لأن منفعتها لا تبقى بعدها ، فانه لو كرب مرارا لا تبقى منفعتها بسقى واحد ، ولو بقيت فسدت .

واختلفوا في الثانية ، قيل هو أن يكرها مرتين وهو المشهور وفيه للكلام ؛ وقيل أن يكرها بعد الحصاد ويسلم الأرض مكروبة ، وهذا فاسد بكل حال ، فكل عمل قبل الإدراك مما يحصل به الخارج كالحفظ والسقى على العامل ، لأن رأس المال العمل ، وما بعد الإدراك قبل القسمة عليهما على ما ذكرنا كالحصاد وإخوته ، وما بعد القسمة كالحمل والطحن عليهما بالإجماع ؛ ولو أراد فصل الزرع قصيلا أو جذاذ الثمرة بسرا أو النقاط الرطب فهو عليهما ، لأنهما أنهما العقد بعزمهما فصار كما بعد الإدراك . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت) لما مرّ في الإجارة ، ولو مات رب الأرض والزرع لم يستحصد ترك حتى يحصد مراعاة للحقين وينتقض فيما بقي إن كان العقد على أكثر من سنة ، لأن

وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يَدْرِكِ الزَّرْعُ فَعَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرَةٌ نَصِيهِهِ مِنَ الْأَرْضِ حَتَّى يَسْتَحْصِدَ ، وَنَفَقَةُ الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا حَتَّى يَسْتَحْصِدَ .

كتاب المساقاة

وَهِيَ كَالْمُزَارَعَةِ فِي الْخِلَافِ وَالْحُكْمِ وَفِي الشُّرُوطِ إِلَّا الْمُدَّةَ ،

بقاءه في السنة الأولى لما بينا من العذر ، وقد زال ولا ضرر فيه على العامل لما تقدم ، ولو مات بعد ما كرب وحضر انتقضت ، ولا شيء للعامل في مقابلة عمله ، وقد مر . قال (وإذا انقضت المدّة ولم يدرك الزرع فعلى المزارع أجرة نصيبه من الأرض حتى يستحصد) لأن إبقاء الزرع بأجرة المثل نظرا للجانبين . قال (ونفقة الزرع عليهما حتى يستحصد) لانتهاء العقد فصار عملا في مال مشترك فيكون عليهما ؛ ولو مات رب الأرض والزرع بقل ، فالعمل على العامل لبقاء العقد ببقاء مدته .

فصل

ومن سقى أرضه فسال من مائه إلى أرض غيره فغرقها أو نزت إليها فلا ضمان عليه . معناه : إذا سقاه سقيا معتادا ، أما إذا كان غير معتاد ضمن لأنه متعدّ ، لأنه تسبب لتغريق أرض الغير غالبا ، ولو كان في أرضه جحر فأثرة فخرج منه الماء إلى أرض جاره فغرقت إن لم يعلم به لم يضمن لعدم التعدّي ، وإن علم ضمن للتعدّي ، وعلى هذا إذا فتح رأس نهره فسال إلى أرض جاره فغرقت إن كان معتادا لا يضمن وإلا ضمن ؛ وكذا لو أحرق الكلاً والحصائد في أرضه فذهبت النار فأحرقت شيئا لغيره إن كان إيقادا معتادا لا يضمن وإلا ضمن ؛ وقيل إن كان يوم ريح وعلم أن النار تتعدّي ضمن .

كتاب المساقاة

وتسمى معاملة ، مفاعلة من السقى والعمل ، وهي أن يقوم بما يحتاج إليه الشجر من تلقيح وعسف وتنظيف السواقي وسقى وحراسة وغير ذلك (وهي كالمزارعة في الخلاف والحكم) وقد مر . قال (وفي الشروط إلا المدّة) والقياس أن تذكر المدّة لما فيها من معنى الإجارة ؛ وفي الاستحسان يجوز وإن لم يبينها ، وتقع على أول ثمرة تخرج ، لأن وقت إدراك الثمرة معلوم والتفاوت فيه قليل ويدخل فيه المتيقن ، بخلاف الزرع فإنه يختلف كثيرا ابتداء وانتهاء ، ربيعا وخريفا وغير ذلك ، وفي الرطبة إدراك بذرها لأن له نهاية معلومة ، معناه : إذا دفعها بعد ما تنهى نباتها ولم تخرج البذر فيقوم عليها ليحرج البذر ،

وَأَنَّ سَمِيًّا مُدَّةً لَا تَخْرُجُ الثَّمَرَةُ فِي مِثْلِهَا فَهِيَ فَاسِدَةٌ ، وَإِنْ دَفَعَ نَخْلًا
أَوْ أَصُولَ رَطْبَةٍ لِيَقُومَ عَلَيْهَا وَأُطْلِقَ لَا يَجُوزُ فِي الرُّطْبَةِ إِلَّا بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ،
وَيَجُوزُ الْمَسَاقَاةُ فِي الشَّجَرِ وَالْكَرْمِ وَالرَّطَابِ وَأَصُولِ الْبَاذِجَانِ إِذَا كَانَتْ تَزِيدُ
بِالسَّقْيِ وَالْعَمَلِ وَتَبْطُلُ بِالمَوْتِ .

أما إذا دفعها وقد نبتت ، أو دفع البئر ليندره فهي فاسدة ؛ وإن كان وقت جزأها معلوما
جاز ؛ ويقع على الجزء الأولى كالثمرة في الشجر ؛ ولو دفع غرس شجر أو كرم قد علق
ولم تبلغ الثمرة على أن يقوم عليه والخارج نصفان فهي فاسدة لجهالة المدة ، فانه يختلف
بقوة الأرض وضعفها ، ولا يدري متى تحمل ، فان سميا مدة يعلم أنها تثمر فيه جاز . قال
(وإن سميا مدة لا تخرج الثمرة في مثلها فهي فاسدة) لفوات المقصود وهي الشركة في الخارج
وإن شرطا وقتا قد تدرك الثمرة فيه وقد تتأخر عنه فهي موقوفة لأننا لا نتيقن بفوات المقصود ،
فان أدركت فيه تبين أنها كانت جائزة ، وإن لم تدرك ففاسدة ، وله أجر مثله لفساد العقد ،
وكذلك إن أخرجت في تلك السنة مالا يرغب فيه ، وإن أحاك في تلك السنة فلم تخرج
شيئا فهي جائزة ، لأنه متى كان خروج الثمرة موهوما انعقدت موقوفة فلا تتقلب فاسدة .
قال (وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لا يجوز في الرطبة إلا بمدة معلومة)
لأنه ليس لها نهاية معلومة ، لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجعلت المدة ، ومعناه إذا
لم يعلم وقت جوازها على ما تقدم . قال (ويجوز المساقاة في الشجر والكرم والرطاب وأصول
الباذنجان) لأن لعمله تأثيرا في نمائه وجودته لعموم الحاجة في الكل ، وأهل خبير كانوا
يعملون في الأشجار والرطاب ، وإنما يجوز ذلك (إذا كانت تزيد بالسقي والعمل) كالطلع
والبلح والبسر ونحو ذلك حتى يكون لعمله أثر يستحق به شيئا من الخارج حتى لو دفعها
وقد انتهت الثمرة في العظم ولا تزيد بعمله لا يجوز ، لأنه لا أثر لعمله وهو إنما يستحق به ،
ومتى فسدت المساقاة فله أجر مثله وقد بيناه ، وعلى هذا الزرع إن دفعه وهو بقل جاز ،
وإن كان قد استحصد لا يجوز . قال (وتبطل بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد مر ،
فان مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه حتى تدرك الثمرة ، وإن أبي
الورثة ذلك دفعا للضرر عنه ولا ضرر عليهم في ذلك ؛ ولو أراد العامل قطعه وإدخال الضرر
على نفسه فالورثة بالخيار ، إما أن يقسموا البسر على الشرط ، أو يعطوه قيمة نصيبه بسرا ،
أو ينفقوا على البسر ويرجعوا به على العامل ، لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، ودفعه متعين
بما ذكرنا وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن كره رب الأرض لما ذكرنا
وفيه نظر للجانبين وإن أرادوا قطعه بسرا فلصاحب الأرض الخيارات الثلاث على ما بينا ،
وإن ماتا فورثة كل واحد كالمورث ونظيره في المزارعة إذا مات المزارع وقد نبت الزرع

كتاب النكاح

فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن أبى رب الأرض لما بيننا وإن أرادوا قلعه فللمالك الخيارات الثلاث على ما بيننا ، وإذا انقضت مدّة المساقاة فهو كالموت ، وللعامل أن يقوم عليها حتى تدرك ولا أجر عليه ، بخلاف المزارعة ، لأن الأرض يجوز استئجارها ولا يجوز استئجار الشجر والعمل كله على العامل ، بخلاف المزارعة حيث تكون عليهما ، لأنه لا أجر عليه هنا ، فيكون العمل عليه حتى ينتهى . أما في المزارعة لما وجب عليه مثل نصف أجر الأرض لا يستحقّ عليه العمل ، وتفسخ بالأعذار كما في الإجارة ؛ ومما يختصّ بها من الأعذار كون العامل سارقا يسرق السعف والخشب والثمرّة قبل الإدراك ، لأنه يلزم المالك ضرر لم يلتزمه ؛ ومنها مرض العامل إذا أعجزه عن العمل لأنه يلزمه الاستئجار بزيادة أجر وأنه ضرر لم يلتزمه ، وليس للمالك الفسخ بغير عذر لما بيننا في المزارعة أن المساقاة تلزم من الجانبين .

كتاب النكاح

وهو في اللغة الضمّ والجمع ، ومن أمثالهم : أنكحنا الفرافسرى (١) : أى جمعنا بين حمار الوحش والأتان لتنظر ما يتولد منهما ، يضرب مثالا لقوم يجتمعون على أمر لا يدرون ما يصدر عنهم . وحكى المبرّد عن البصريين وغلّام ثعلب عن الكوفيين : أن النكاح عبارة عن الجمع والضمّ . وفي الشرع عبارة عن ضمّ وجمع مخصوص وهو الوطء ، لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضمّ كلّ واحد إلى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد ، وقد يستعمل في العقد مجازا لما أنه ينول إلى الضمّ ، وإنما هو حقيقة في الوطء ، ففى أطلق النكاح في الشرع يراد به الوطء لقوله عليه الصلاة والسلام « ولدت من نكاح » أى من وطء حلال ، وقوله « يحلّ للرجل من امرأته الحائض كلّ شيء إلا النكاح » وقد ورد في أشعار العرب بمعنى الوطء أيضا . قال الأعشى :

ومنكوحة غير ممهورة وأخرى يقال له فادها

يعنى مسية موطوءة بغير عقد ولا مهر . وقال آخر :

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على عمّ وخال تلهف

(١) قوله أنكحنا الفرافسرى ، قال في مجمع الأمثال للميداني في كتابته على هذا المثل ما نصه : قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوجه ، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوّجها منه بكره وقال : أنكحنا الفرافسرى ، ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . يضرب في التحذير من سوء العاقبة اهـ .

النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ،
وحالة الخوف من الجور مكروه . وركنه الإيجاب والقبول . وينعقد
بلفظين ماضيين ، أو بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر مستقبل ، كقوله
زوّجني ، فيقول زوّجتك ؛

يعنى وطء المسبية بالرمح إلى غيرها من الأشعار الكثيرة ، وإنما يفهم منه العقد بقرينة
قوله تعالى - فانكحوهن - باذن أهلهن - لأن الوطء لا يتوقف على إذن الأهل ، وكذلك
قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، لأن العقد هو الذى يختص بالعدد
دون الوطء ، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بشهود » لأن الشهود لا يكونون
على الوطء ، ولأنهما حالة العقد مفترقان ، وإنما يطلق عليه النكاح لإفضائه إلى الضم
كقوله تعالى - إني أراى أعصر خمرا - وهو عقد مشروع مستحب مندوب إليه ، ثبتت
شرعيته بالكتاب وهو قوله تعالى - وأنكحوا الأيامى منكم - وقوله - فانكحوا ما طاب لكم
من النساء - وبالسنة قال صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تكثرُوا فانى أباهى بكم الأمم يوم
القيامة » وقال « النكاح سننى فمن رغب عن سننى فليس منى » والنصوص فى ذلك كثيرة
والآثار فيه غزيرة ، وعلى شرعيته إجماع الأمة .

قال (النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ، وحالة
الخوف من الجور مكروه) أما الأوّل فلما تقدّم من النصوص ، فبعضها أمر وأنه يقتضى
الترغيب والتأكيد على فعله ، وكذلك الحديث الثانى ناطق بكونه سنة ، ثم أكدّه حيث
علق بتركه أمراً محذوراً ، وأنه من خصائص التأكيد كما فى سنة الفجر ، ولأنه صلى الله عليه
وسلم واظب عليه مدة عمره وأنه آية التأكيد . وأما الثانى فلأن حالة التوقان يخاف عليه
أو يغلب على الظن وقوعه فى محرم الزنا ، والنكاح يمنعه عن ذلك فكان واجبا ، لأن الامتناع
عن الحرام فرض واجب . وأما الثالث فلأن النكاح إنما شرع لما فيه من تحصين النفس
ومنعها عن الزنا على سبيل الاحتمال وتحصيل الثواب المحتمل بالولد الذى يعبد الله تعالى
ويوحده ، والذى يخاف الجور والميل يأثم بالجور والميل ويرتكب المنهيات المحرمات فينعدم
فى حقه المصالح لرجحان هذه المفسد عليها ، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لا تفصل فقلنا
بالكراهة فى حقه عملاً بالشبهين بالقدر الممكن (وركنه الإيجاب والقبول) لأن العقد يوجد
بهما ، وركن الشيء ما يوجد به كأركان البيت . قال (وينعقد بلفظين ماضيين) كقوله
زوّجتك ، وقول الآخر تزوّجت أو قبلت ، لأن هذا اللفظ يستعمل للإنشاء شرعا للحاجة
ولا خلاف فيه (أو بلفظين أحدهما ماضٍ ، والآخر مستقبل ، كقواه زوّجنى ، فيقول
زوّجتك) لأن قوله زوّجنى توكيل ، والوكيل يتولى طرفى النكاح على ما نبينه . وروى المولى

وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالزَّوْجِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ (ف)، وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَلَا بُدَّ فِي الشُّهُودِ مِنْ صِفَةِ الْحُرِّيَةِ وَالْإِسْلَامِ ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ (ف) :

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لو قال : جئتكم خاطبا ابنتك ، أو تزوجني ابنتك ، أو زوجني ابنتك ، فقال الأب : قد زوجتك فالنكاح لازم ، وليس للمخاطب أن لا يقبل ، ولا يشبه البيع لأن مبناه على المسامحة والمساهلة ، والبيع على المماكسة والمساومة ؛ ولو قال لها : أنا أتزوجك ، فقالت قد فعلت ، جاز ولزم ، لأن قوله أتزوجك بمعنى تزوجتك عرفا بدلالة الحال كما في كلمة الشهادة ، ولو قال أتزوجني فقال الآخر زوجتك لا ينعقد النكاح لأنه استخبار واستيعاد لأمر وتوكيل ، ولو أراد به التحقيق دون الاستخبار والسوم ينعقد به . قال (وينعقد بلفظ النكاح والزواج) لأنهما صريح فيه . قال (والهبة والصدقة والتملك والبيع والشراء) لأن هذه الألفاظ تفيد الملك ، وأنه سبب للملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما في ملك العيين والسببية من طرق الحجاز . وأما لفظ الإجارة فروى ابن رستم عن محمد أنه لا ينعقد بها ، وهو اختيار أبي بكر الرازي ، لأن الإجارة لا تفيد ملك المتعة ولأنها تنبئ عن التأقيت ، ولا تأقيت في النكاح . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز وهو اختيار الكرخي ، قال : لأن الله تعالى سمى المهر أجرا فينعقد بلفظ الإجارة كالإجارة . وعن محمد : لو قال : أوصيت لك بابنتي للحال ينعقد ، وإن أوصى بها مطلقا لا ينعقد لأنها توجب الملك معلقا بشرط الموت ، والأصل فيه ما قاله أصحابنا : كل لفظ يصح تملك الأعيان مطلقا ينعقد به النكاح . وروى ابن رستم عن محمد أنه قال : كل لفظ يكون في الأمة تملिका للرق فهو نكاح في الحرّة . قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين ، أو رجل وامرأتين ، ولا بد في الشهود من صفة الحرية والإسلام ، ولا تشترط العدالة) فالشهود شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بشهود » وروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة » وأما صفة الشهود ، قال أصحابنا : كل من ملك القبول بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لا فلا ، وهذا صحيح لأن كل واحد من الشهادة والقبول شرط لصحة العقد فجاز اعتبار أحدهما بالآخر ، ولا بد فيه من اعتبار الحرية والعقل والبلوغ في الشاهد ، لأن العبد والصبي والمجنون ليسوا من أهل الشهادة لما مر في الشهادات ولا يملكون القبول بأنفسهم ؛ ولا بد من اعتبار الإسلام في نكاح المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم ؛ ويجوز بشهادة رجل وامرأتين اعتبارا بالشهادة على المال على ما بيناه في الشهادات ، وينعقد بحضور الفاسقين ، لأن النص لا يفصل ولأنه يملك القبول بنفسه كالعدل ، ولأنه غير مسلوب الولاية عن نفسه فلا يسلبها عن غيره لأنه من جنسه ، ولأنه تحمل فيجوز ، لأن الفسق

وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ الْعُمَيَّانِ . وَإِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازَ (م) ، وَلَا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ .

وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ نِكَاحُ أُمِّهِ وَجَدَّتِهِ وَبَنَاتِهِ وَبَنَاتِ وَلَدِهِ وَأُخْتِهِ وَبَنَاتِهَا وَبَنَاتِ أَخِيهِ وَعَمَّتِهِ وَخَالَاتِهِ وَأُمَّ امْرَأَتِهِ وَبَنَاتِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَامْرَأَةُ أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ وَبَنِيهِ وَبَنَى أَوْلَادِهِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ نِكَاحًا وَوَطْنَا بِمِلْكٍ يَمِينٍ ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ النَّسَبِ .

يؤثر في الشهادة للثمة وذلك عند الأداء . أما التحمل فأمر مشاهد لاثمة فيه ، وانعقاد النكاح لا يتوقف على شهادة من يثبت بشهادته كمن ظاهره العدالة ولا يعلم باطنه ، ولهذا ينعقد بشهادة ابنيهما وابنيها من غيرها ، ولا يظهر بشهادتهم عند دعوى القريب لما أن العقد لا يتوقف إلا على الحضور لأعلى من يثبت بشهادته . قال (وينعقد بشهادة العميان) لأنهم من أهل الشهادة حتى لو حكم بها حاكم جاز لأنه مجتهد فيه ، فان مالكا يجوز شهادته وأبا يوسف يجيزها إذا تحملها بصيرا ، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالصير لأنه يملك القبول بنفسه ، والمحدود في القذف إن تاب فهو من أهل الشهادة ، حتى لو حكم بشهادته حاكم جاز ، وإن لم يتب فهو فاسق وقد مر . قال (وإذا تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز ولا يظهر عند جحوده) وقال محمد : لا يجوز لأنه لا شهادة للكافر على المسلم ، والسماع في النكاح شهادة فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة وحدها . ولهما أن العقد يثبت بشهادتهما لو جحدت ؛ وإذا جاز أن يثبت بشهادتهما فلا ينعقد بحضرتها أولى ، ولأن الانعقاد لا يتوقف على سماع من يثبت به العقد لما مر ، ولأن سماع الكفار صحيح في حق المسلم حتى لو أسلم بعد ما سمعا ذميين جازت شهادتهما ، ولأن الشهادة شرطت في الانعقاد لإثبات الملك إظهارا لخطر المحل لا لوجوب المهر لما بينا وقد وجدت فيثبت الملك ، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامه ، لأن العقد إنما ينعقد بكلامه والشهادة على العقد شرط .

فصل في المحرمات

(ويحرم على الرجل نكاح أمه وجداته وبنته وبنات ولده وأخته وبناتها وبنات أخيه وعمته وخالته وأُمّ امرأته وبناتها إن دخل بها وامرأة أبيه وأجداده وبنيه وبنى أولاده والجمع بين الأختين نكاحا ووطئا بملك يمين ، ويحرم من الرضاع من ذكرنا) ما يحرم (من النسب) اعلم أن المحرمات بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم تسعة أقسام : بالقرابة ، وبالصهرية ، وبالرضاع ، وبالجمع ، وبالتقديم ، وبتعلق حق الغير به ، وبالملك ،

وبالكفر ، وبالطلاق الثلاث . فاحترمت بالقرابة سبعة أنواع : الأمهات وإن علون ، والبنات وإن سفلن ، والأخوات من أى جهة كن ، والحالات والعمات جميعهن ، وبنات الأخ وبنات الأخت وإن سفلن فهن محرمات بنص الكتاب نكاحا ووطئا ، ودواعيه على التأيد ، قال الله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت - نص على التحريم مطلقا فيقتضى حرمة جميع الأفعال في المحل المضاف إليه التحريم إلا فعلا فيه تعظيم وتكريم فانه خارج عن الإرادة ، إما لأنه مأموره بالنصوص الموجبة لصلة الرحم وبر الوالدين والإحسان بهما ، أو لوجوب ذلك عقلا ، أو بالإجماع . وما عداهن من القرابات محلات بقوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم . - والمحرمات بالصهرية أربعة : أم امرأته وبناتها ، فتحرم أمها بنفس العقد على البنت . قال تعالى - وأمهات نسائكم - مطلقا ، ولا تحرم البنت حتى يدخل بالأم ، قال تعالى - وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن - الآية ، وتحرم الربيبة وإن لم تكن في حجر الزوج ، وذكر الحجر في الآية خرج مخرج العادة للشرط ، وكذا بنات بنت المرأة وبنات ابنها لدخولهن تحت اسم الربيبة ، وحليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفل حرام على الأب دخل الابن بها أو لم يدخل ، لقوله تعالى - وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم - فلا يدخل فيه حليلة الابن المتبنى ، وحليلة الأب والجد من قبل الأب والأم وإن علا حرام على الابن ، قال تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف - وفي كل موضع يحرم بالعقد إنما يحرم بالعقد الصحيح دون الناسد ، لأن مطلق النكاح والزوجة والحليلة إنما ينطلق على الصحيح ، واسم الحليلة يتناول الزوجة والمملوكة ، غير أن الزوجة تحرم بمجرد العقد ، والأمة لا تحرم إلا بالوطء ، لأن الفراش قائم مقام الوطء وهو موجود في ملك النكاح دون ملك اليمين ، ولهذا لا يجوز أن يجمع بين الأختين بعقد النكاح وإن لم يوطأ ، ويجوز ذلك في ملك اليمين إذا لم يوطأها ، ولو كان له جارية فقال ووطئها حرمت على أبيه وابنه ، ولو قال ذلك في جارية الغير لا تحرم أخذها بالظاهر فيهما ، ولو اشترى جارية من تركة أبيه وسعه ووطئها ما لم يعلم أن الأب ووطئها ، ولو قصد امرأته ليجامعها وهي نائمة مع بنتها المشتبهة فوقعت يده على البنت ففرصها بشهوة بظن أنها زوجته حرمت عليه امرأته . والمحرمات بالرضاع كل من تحرم بالقرابة والصهرية لقوله تعالى - وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . والمحرمات بالجمع : لا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى - مثنى وثلاث ورباع - نص على الأربع فلا يجوز الزيادة عليهن .

وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَسَدَ نِكَاحُهُمَا ، وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أُولَى فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ، وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَا يَحْجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا وَلَا رَابِعَةً حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا ،

وروى « أن غيلان الديلمي أسلم وتحتة عشر نسوة ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يمسك منهن أربعا ويفارق الباقي » ويستوى في ذلك الحرائر والإماء المنكوحات ، لأن النص لم يفصل . والجمع بين الإماء ملكا ووطئا حلال وإن كثرن ، قال تعالى - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم - مطلقا من غير حصر خرج عنه الزوجات بما ذكرنا فبقى الإماء على الإطلاق . ولا يجمع العبد بين أكثر من اثنتين لأن الرق منصف فينتصف ملك النكاح أيضا إظهارا لشرف الحرية ، ولا يجوز الجمع بين الأختين نكاحا ولا بملك يمين ووطئا لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف - وقال عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين » ويجوز أن يجمع بينهما في الملك دون الوطاء ، لأن المراد بالنص حرمة الوطاء لإجماعا ، فإن كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته إلى محله ، ولا يبطأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكما ، ولا يبطأ المنكوحة حتى يحرم الأمة عليه فاذا حرمها وطئ المنكوحة ، وإن لم يكن وطئ المملوكة وطئ المنكوحة وحرمت المنكوحة حتى يفارق المنكوحة قال (ولو تزوج أختين في عقد واحد فسد نكاحهما) لعدم أولوية جواز نكاح إحداهما (ولو تزوج أختين في عقدتين ولا يدرى أيتهما أُولَى فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ، ولا وجه إلى التيقن لعدم الأولوية ، ولهما نصف المهر بينهما لجهالة المستحقة فيشتر كان فيه ، فإن تزوجهما على التعاقب فسد النكاح الأخيرة ويفارقها ، وإن علم القاضي بذلك فرق بينهما (وإذا طلق امرأته لا يجوز أن يتزوج أختها ولا رابعة حتى تنقضي عِدَّتَهَا) وسواء كان الطلاق باثنا أو رجعا لبقاء نكاح الأولى من وجه بقاء العدة والنفقة والسكنى ، والفراش القائم في حق ثبوت النسب والمنع من الخروج والبروز والتزوج بزوجة آخر ، فتثبت الحرمة أخذًا بالاحتياط في باب الحرمة ، والمعتدة إذا لحقت بدار الحرب مرتدة يحل للزوج نكاح أختها وأربع سواها لسقوط أحكام الإسلام عنها ، وعدة أم الولد إذا اعتقها مولاهما تمنع نكاح أختها دون الأربع لأن فراشها قائم فيكون جامعا ماءه في رحم أختين وأنه حرام بالحديث ، وحرمة الأربعة ورد في النكاح ، وقالوا : لا يمنع لأن له أن يتزوجها قبل العتق فكذا بعده ، لكن إذا عقد عليها لا يطؤها حتى تنقضي العدة . وجوابه أن فراشها قبل العتق ضعيف يقبل النقل إلى غيره بالنكاح وبعده لا فافترقا ، والعقد قائم

وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا ، وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ عَلَى الْحُرَّةِ وَلَا مَعَهَا وَلَا فِي عِدَّتِهَا (سم) ، وَيَجُوزُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَالْأُمَّةِ عَلَى الْأُمَّةِ وَمَعَهَا وَفِي عِدَّتِهَا ؛ وَيَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنَ الْإِمَاءِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّةً مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحُرَّةِ ؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَةَ الْغَيْرِ وَلَا مُعْتَدَّتَهُ ، وَلَا يَتَزَوَّجَ حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ إِلَّا الزَّانِيَةَ (س ف) ، فَإِنْ فَعَلَ لَا يَطْوَئُهَا حَتَّى تَضَعَ ؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّتَهُ وَلَا الْمَرْأَةَ عَبْدَهَا ؛

مقام الوطاء حتى يثبت النسب منه فلا يجوز . قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها) للحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها ، فانكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامهن » ويجوز أن يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله لأنه لأقربة بينهما . (و) المحرمات بالتقديم (لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ولا معها ولا في عِدَّتِهَا ، ويجوز نكاح الحرة والأمة على الأمة ومعها في عِدَّتِهَا) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة عليها » وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز نكاح الأمة في عدة الحرة من طلاق بائن لأنه ليس بنكاح عليها حتى لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا . ولأبي حنيفة أن نكاح الحرة قائم من وجه على ما بينا ، واليمين مبناها على المقصود وهو عدم المزاحمة في القسم وقد وجد ؛ ولو تزوج في عقد واحد أربعا من الإماء وخمسا من الحرائر جاز نكاح الإماء خاصة ، لأنه لا يجوز نكاح واحدة من الحرائر لعدم الأولوية فيبطل نكاحهن فلم توجد المزاحمة (ويجوز للحر أن يتزوج أربعا من الإماء) لأن قوله تعالى - ورباع - لا يفصل (ويجوز أن يتزوج أمة مع القدرة على الحرة) لأن النصوص لا تفصل ، وهي قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - وقوله سبحانه - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وغير ذلك . (و) المحرمات بتعلق حق الغير ف (لا يجوز أن يتزوج زوجة الغير ولا معتدته) قال عليه الصلاة والسلام « ملعون من سقى ماءه زرع غيره » ولأن ذلك يفضي إلى اشتباه الأنساب ، ولهذا لم يشرع الجمع بين الزوجين في امرأة واحدة في دين من الأديان . قال (ولا يتزوج حاملا من غيره) لما ذكرنا (إلا الزانية ، فان فعل لا يطؤها حتى تضع) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لما سبق من الحديث ، ولأنه حمل محترم حتى لا يجوز إسقاطه . ولهما أن الامتناع لثلاث سقى ماءه زرع غيره في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فدخلت تحت قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - فان كان الحمل ثابت النسب كالحامل من السجى وحمل أم الولد من مولاهما ونحوه فالنكاح فاسد لما بينا . (و) المحرمات بالملك ف (لا يجوز أن يتزوج أُمته ولا المرأة عبدا) وملك بعض العبد في هذا كملك كله ، وكذا حق الملك

وَلَا يَحْجُوزُ نِكَاحُ الْمُتَجَوِّسِيَّاتِ وَالْوَثْنِيَّاتِ وَلَا وَطْؤُهُنَّ بِمَلِكٍ يَمِينٍ ، وَيَحْجُوزُ تَزْوِيجُ الْكِتَابِيَّاتِ وَالصَّابِئِيَّاتِ (سم) . وَالزَّنا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَكَذَا الْمَسُّ بِشَهْوَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالنَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَيْضًا .

كَمَلُوكَ الْمَكَاتِبِ وَالْمَأْدُونِ ، لِأَنَّ مَلِكَ الْيَمِينِ أَقْوَى مِنْ مَلِكِ النِّكَاحِ فَلَا فَائِدَةَ فِي إِثْبَاتِ الْأَضْعَفِ مَعَ ثُبُوتِ الْأَقْوَى ، وَلِأَنَّ مَلِكَ النِّكَاحِ يُوجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ حَقُوقًا ، وَالرَّقْ يَنْفَى ذَلِكَ . (و) الْحَرَمَاتُ بِالْكَفْرِ (لَا يَحْجُوزُ نِكَاحُ الْمُجُوسِيَّاتِ وَالْوَثْنِيَّاتِ وَلَا وَطْؤُهُنَّ بِمَلِكٍ يَمِينٍ) قَالَ تَعَالَى - وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُوْمِنَ - وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «سَنُوا بِهِمْ سَنَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَاءَهُمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ» (وَيَحْجُوزُ تَزْوِيجُ الْكِتَابِيَّاتِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتِيَ الْكِتَابُ مِنْ قَبْلِكُمْ - وَالذِّمَّةُ وَالْحُرِّيَّةُ سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ ، وَالْأُمَّةُ وَالْحُرَّةُ سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ الْمُقْتَضَى . (و) يَحْجُوزُ نِكَاحُ (الصَّابِئِيَّاتِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِهَما ، وَعَلَى هَذَا حَلَّ ذَبَائِحِهِمْ ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى اشْتِبَاهِ مَذْهَبِهِمْ ، فَعِنْدَهُ هُمُ أَهْلُ كِتَابٍ يَعْظُمُونَ الْكُوَاكِبَ وَلَا يَعْبُدُونَهَا فَصَارُوا كَالْكِتَابِيَّاتِ ، وَعِنْدَهَا يَعْبُدُونَ الْكُوَاكِبَ وَلَيْسُوا أَهْلُ كِتَابٍ . وَالْحَرَمَاتُ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ - وَعَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ . قَالَ (وَالزَّنا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ) فَمَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ أَوْ وَطَّأَهَا بِشَبْهَةِ حُرْمَتِهَا عَلَيْهِ أَصُولُهَا وَفُرُوعُهَا ، وَتَحْرُمُ الْمَوْطُوءَةُ عَلَى أَصُولِ الْوَاطِئِ وَفُرُوعِهِ (وَكَذَا الْمَسُّ بِشَهْوَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالنَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَيْضًا) وَالْمُعْتَبَرُ النَّظَرُ إِلَى فَرْجِهَا الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَحَكَى الطَّحَاوِيُّ إِجْمَاعَ السَّلَفِ فِي أَنَّ التَّقْبِيلَ وَالْمَسَّ عَنْ شَهْوَةٍ يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ - وَالْحَمْلُ عَلَى الْوِطْءِ أَوَّلَى لِمَا بَيْنَا أَنَّ النِّكَاحَ حَقِيقَةٌ هُوَ الْوِطْءُ ، أَوْ لِأَنَّهُ أَعَمُّ فَكَانَ الْحَمْلُ عَلَيْهِ أَوَّلَى وَأَعَمُّ فَائِدَةٌ ، فَيَصِيرُ مَعْنَى الْآيَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ : وَلَا تَنْكِحُوا مَا وَطَّأَ آبَاؤُكُمْ مُطْلَقًا ، فَيَدْخُلُ فِيهِ النِّكَاحُ وَالسَّفَاحُ ، وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَبَنَتُهَا» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ بِشَهْوَةٍ أَوْ لَمَسَهَا بِشَهْوَةٍ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا وَحُرِّمَتْ عَلَى ابْنِهِ وَأَبْنَيْهِ» وَإِذَا ثَبِتَ هَذَا الْحُكْمُ فِي مَوْطُوءَةِ الْأَبِ ثَبِتَ فِي مَوْطُوءَةِ الْإِبْنِ وَفِي وَطْءِ أُمِّ امْرَأَتِهِ وَسَائِرِ مَا يَثْبِتُ بِحُرْمَةِ الْمُصَاهَرَةِ بِالنِّكَاحِ لِأَنَّ أَحَدًا لَمْ يَفْصَلْ بَيْنَهُمَا ، وَلِأَنَّ الْوِطْءَ سَبَبٌ لِلْجُزْئِيَّةِ بِوَسْطَةِ الْوَلَدِ ، وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهَا كَمَا يُضَافُ إِلَيْهِ ، وَالِاسْتِمْتَاعُ بِالْجُزْءِ حَرَامٌ ، وَالْمَسُّ وَالنَّظَرُ دَاعٍ إِلَى الْوِطْءِ فَيَقَامُ مَقَامَهُ احْتِيَاطًا لِلْحُرْمَةِ . وَكَانَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ يَقُولُ : إِنْ الْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ - وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ - الْوِطْءُ دُونَ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الْوِطْءِ ، وَلَمْ يَرُدَّ بِهِ الْعَقْدُ لِاسْتِحَالَةِ

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ؛ وَيَحْزُنُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُحْرِمُ حَالَةَ الْإِحْرَامِ ؛ وَنِكَاحُ الْمُتَنَعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ (ز) بَاطِلٌ .

كون اللفظ الواحد حقيقة ومجازا في حالة واحدة ، والتحرير بالعقد ثبت بغير هذه الآية .
 وحدّ الشهوة أن تنتشر آله بالنظر والمسّ ، وإن كانت منتشرة فتزداد شدة ، والمحجوب والعين يتحرك قلبه بالاشتهاء ، أو يزداد اشتها ؛ ولو مسها وعليه ثوب إن منع وصول حرارتها إلى يده لانتبت الحرمة ، وإن لم تمنع تثبت ؛ ولو أخذ يدها ليقبلها بشهوة فلم يفعل حرمت (١) على ابنه ؛ ولومس شعرا امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبناتها لأنه من أجزاء بدنهما . قال أبو حنيفة : إذا جامع صغيرة لا يجمع مثلها فأفضاها لا تحرم عليه أمها . وقال أبو يوسف : تحرم ، ولو كانت ممن يجمع مثلها حرمت عليه أمها بالإجماع . لأبي يوسف أنه وطئ في قبل فتحرم كوطء الكبيرة . ولهما أنه ليس بسبب للولد فصار كاللواط ، أما الكبيرة يحتمل العلوق . قال (ومن جمع بين امرأتين إحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح الأخرى) معناه : إذا تزوّجهما في عقد واحد ، لأنه لا مانع من نكاح الأخرى لاختصاص المبطل بتلك . قال (ويحوز أن يتزوج المحرم حالة الإحرام) لأن النبي عليه الصلاة والسلام تزوّج ميمونة وهو محرم . والمحظور الوطء ودواعيه ، لا العقد ، وهو محمل ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن ينكح المحرم . قال (ونكاح المتعة والنكاح المؤقت باطل) أما المتعة فلقوله تعالى - فن ابتغي وراء ذلك فأولئك هم العادون - وهذه ليست مملوكة ولا زوجة . أما المملوكة فظاهر ، وأما الزوجة فلعدم أحكام الزوجية من الإرث وانقطاع الحل بغير طلاق ولا مانع ، وقد صحّ عن علي رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام حرّم يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية » وما روى في إباحتها ثبت نسخه بإجماع الصحابة ، وصحّ أن ابن عباس رجع إلى قولهم . وأما النكاح المؤقت فلا نهى أتى بمعنى المتعة والعبرة للمعاني ، وسواء طال المدّة أو قصرت ، لأن التّأقيت هو المبطل وهو الغلب لجهة المتعة . وصورة نكاح المتعة أن يقول الرجل لامرأة : متعيني نفسك بكذا من الدراهم مدة كذا ، فتقول له : متعتك نفسي ، أو يقول : أتمتع بك ، ولا بدّ من لفظ التمتع فيه . وأما المؤقت فأن يتزوّجها بشهادة شاهدين مدة معلومة . وقال زفر : النكاح المؤقت صحيح ويبطل التّأقيت ، لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ، وجوابه مأمّر .

(١) قوله حرمت : أي بمجرّد المسّ اه .

وعِبَارَةُ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَوْ زَوَّجَتْ الْحُرَّةُ الْعَاقِلَةُ الْبَالِغَةُ نَفْسَهَا جَازًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا بِالْوِلَايَةِ أَوْ الْوَكَالَةِ ، وَكَذَا إِذَا وَكَلَّتْ غَيْرَهَا فِي تَزْوِيجِهَا ، أَوْ زَوَّجَهَا غَيْرَهَا فَأُجَازَتْ (م) .

فصل

(وعِبَارَةُ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَوْ زَوَّجَتْ الْحُرَّةُ الْعَاقِلَةُ الْبَالِغَةُ نَفْسَهَا جَازًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا بِالْوِلَايَةِ أَوْ الْوَكَالَةِ ، وَكَذَا إِذَا وَكَلَّتْ غَيْرَهَا فِي تَزْوِيجِهَا أَوْ زَوَّجَهَا غَيْرَهَا فَأُجَازَتْ) وهذا قول أبي حنيفة وزفر والحسن ، وظاهر الرواية عن أبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز إلا بإجازة الولي ، فان ماتا قبلها لا يتوارثان ولا يقع طلاقه ولاظهاره ووطؤه حرام ، فان امتنع الولي من الإجازة ذكر الطحاوي عن محمد يحدد القاضي العقد بينهما . وذكر هشام عن محمد فإن لم يميزه الولي أجيزه أنا ، وكان يومئذ قاضيا فصار عنه روايتان . وروى عنه أنه رجع إلى قول أبي حنيفة قبل موته بسبعة أيام . وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني : أن امرأة جاءت إلى محمد قبل موته بثلاثة أيام وقالت : إن لي وليا وهو لا يزوجني إلا بعد أن يأخذ مني مالا كثيرا ، فقال لها محمد : اذهبي فزوجي نفسك ، وهذا يؤيد ما روى من رجوعه . وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول مثل قول محمد الأول . وفي رواية إن زوّجت نفسها من كفء لا يتوقف ، وإن كان من غير كفء يتوقف على إجازة الولي . وجه عدم الجواز ما روت عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » وقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بولي » ولأنها كانت موليا عليها قبل البلوغ في حق العقد والنفاذ لعدم رأيها ، فلوزال إنما يزول بما حدث لها من الرأي والعقل بالبلوغ ، وإنما حدث لها رأي وعقل ناقص ، ومن لم يحدث له رأي أصلا كمن بلغ مجنوننا لا تزول عنه الولاية أصلا ، ومن حدث له عقل كامل ورأي وافر كالرجل تزول ولايته أصلا ، فاذا حدث الناقص فكانه حدث من وجه دون وجه فثبتت لها إحدى الولايتين وهو الانعقاد دون النفاذ عملا بالشبهين ، ووجه الفسخ إذا لم يميز الولي أن النكاح إلى الأولياء بالحديث فيتوقف على إجازته ويرتد برده كما إذا عقد وتوقف على إجازتها ، فاذا بطل يحدد القاضي النكاح . ووجه رواية هشام أنه عقد صدر من المالك وتوقف على إجازة صاحب الحق فلا يفسخ برده كالأمر إذا باع الرهن ورده المرتن فإنه لا يفسخ البيع حتى لو صبر المشتري إلى حين انفكاك الرهن نفذ ، وإذا بقي العقد أجازته القاضي إن امتنع الولي لظلمه بخلاف ما ذكر من المسئلة لأن المرأة هي المالكة فتبطل بردها كما إذا باع المرتن

ورد الراهن . وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - وقال تعالى - فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف - وفي آية أخرى - من معروف - أضاف النكاح والفعل إليهن ، وذلك يدل على صحة عبارتهن ونفاذا لها لأنه أضافه إليهن على سبيل الاستقلال إذ لم يذكر معها غيرها ، وهى إذا زوّجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء فى ذلك . وروى ابن عباس « أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا نبي الله إن أبى زوّجنى من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة ، فقال لها : أجيزى ما صنع أبوك ، فقالت : لأرغبة لى فيما صنع أبى ، قال : فاذهبى فانكحى من شئت ، فقالت : لأرغبة لى عما صنع أبى يا رسول الله ولكنى أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء » والاستدلال به من وجوه : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « فانكحى من شئت » . الثانى قولها ذلك ولم ينكر عليها فعلم أنه ثابت إذ لو لم يكن ثابتا لما سكّت عنه . الثالث قوله « أجيزى ما صنع أبوك » يدل على أن عقده غير نافذ عليها ، وفيه دليل لأصحابنا على أن العقد يتوقف أيضا . وفى البخارى « أن خنساء بنت جزام أنكحها أبوها وهى كارهة فردّه النبي عليه الصلاة والسلام » وروى أن امرأة زوّجت بنتها برضاها ، فجاء الأولياء وخاصموها إلى على رضى الله عنه ، فأجاز النكاح . وهذا دليل الانعقاد بعبارة النساء ، وأنه أجاز النكاح بغيرولى لأنهم كانوا غائبين لأنها تصرّفت فى خالص حقها ولا ضرر فيه لغيرها ، فينفذ كتصرّفها فى مالها والولاية فى النكاح أسرع ثبوتا منها فى المال ، ولهذا يثبت لغير الأب والجد ولا يثبت لهم فى المال ولأن النكاح خالص حقها حتى يجبر الولى عليه عند طلبها وبذله لها ، وهى أهل لاستيفاء حقوقها ، إلا أن الكفاءة حق الأولياء فلا تقدر على إسقاط حقهم . وأما ما ذكر من الأحاديث فمعارضة بما رويناهما أن يرجع إلى القياس وهو لنا على المال والرجل أوفق بين الحدين فيحمل ما رويناه على الحرية العاقلة البالغة ، وما رويتموه على الأمة توفيقا ، كيف وقد ورد فى بعض الروايات « أيما أمة نكحت نفسها » فيحمل المطلق على المقيد أو يرجع والترجيح معنا ، لأن ما ذكرناه سالم عن الطعن وما رواه مطعون فيه ، فقد حكى عن أبي العباس المروزي قال : سمعت يحيى بن معين يقول : ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام ، ومن مس ذكره فليتوضأ ، ولا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه ، على أننا نقول : المرأة ولية نفسها فلا يكون نكاحا بلا ولى فلم قلّم لمتها ليست وليا ؟ ولو قلّم ذلك استغنيت عن الحديث ، وكذا الحديث الآخر فانه من رواية سليمان بن يسار عن الزهري وهو ضعيف

ولا إجبار على البكر البالغة في النكاح . والسنة للولي أن يستأمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يذكرك ، فإذا سكنت فقد رضيت ، ولو ضحك فهو إذن ، ولو بكى إن كان بغير صوت فهو رضا ،

ضعفه البخاري وأسقط روايته . وروى أن مالكا وابن جريج سألا الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه ، والراوى إذا أنكر الخبر دل على بطلانه كالأصول مع الفروع ، ولأن من مذهب عائشة رضي الله عنها جواز النكاح بعبارة النساء ، فانها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن حين غاب بالشام ، دل ذلك على عدم صحة الحديث وروايتها له أو على نسخه أو على رجحان ما ذكرنا ، وقوله الحادث لها رأى ناقص ، قلنا المعتبر في باب الولاية مطلق العقل والبلوغ دون الزيادة والنقصان ، فإن الناس يتفاوتون في الرأى والعقل فتفاوتا فاحشا ، ولا اعتبار به في باب الولاية ، فإن كامل العقل والرأى ولايته على نفسه وماله كولاية ناقصهما ، وكم من النساء من يكون أوفر عقلا وأشد رأيا من كثير من الرجال ، ولأن في اعتبار ذلك حرجا عظيما وهو حرج التمييز بين الناس ، فعلم أن المعتبر أصل البلوغ والعقل وقد وجدا في المرأة ، فيرتب عليهما ما يرتب عليهما في الرجل قياسا على المال . قال ، ولا إجبار على البكر البالغة في النكاح (لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر تستأمر في نفسها فإن صمت فهو إذن » ، وإن أبت فلا جواز عليها » وقال عليه الصلاة والسلام « شاوروا النساء في أبضاعهن » قالت عائشة : يا رسول الله إن البكر لتستحي ، قال : إذن صماتها » (والسنة للولي أن يستأمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يذكرك ، فإذا سكنت فقد رضيت) لما روينا ، فإذا زوجها من غير استئمار فقد أخطأ السنة ، فقد صح « أنه صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يزوجه فاطمة من على رضي الله عنهما دنا إلى خدرها فقال : إن عليا يذكرك ثم خرج فزوجها » (ولو ضحك فهو إذن) لأنه دليل الرضا ، إلا إذا كان على وجه الاستهزاء (ولو بكى) فيه روايتان لأنه يكون عن سرور وعن حزن ، والمختار (إن كان بغير صوت فهو رضا) ويكون بكاء على فراق الأهل وكذا لو زوجها بغير إذن ثم بلغها ، يعتبر السكوت كما ذكرنا والبلوغ إليها أن يرسل إليها وليها رسولا يخبرها بذلك عدلا كان أو غير عدل ، فإن أخبرها فضولى فلا بد من العدد أو العدالة ، لأنه خبر يشبه الشهادة من وجه فيشترط أحد وصفي الشهادة . وعندها لا يشترط ذلك لأنه خبر كسائر الأخبار ، وإن قال الولي : أزوجه من فلان أو فلان فسكنت فأيهما زوجها جاز ؛ ولو سمى جماعة إن كانوا يمحضون فهو رضا ، وإلا لا يكون رضا ؛ ولو استأمرها فقالت غيره أحب إلى منه لا يكون إذن ، ولو قالت ذلك بعد العقد يكون إذن

وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الْوَلِيِّ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَوْلِ ؛ وَإِذْنُ الثَّيِّبِ بِالْقَوْلِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَذْكُرَ لَهَا الزَّوْجَ بِمَا تَعْرِفُهُ ، فَإِنْ زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوَثْبَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَوْ تَعْنِيسٍ أَوْ حَيْضٍ فَهِيَ بِكَرٍّ ، وَكَذَلِكَ إِنْ زَالَتْ بِزِنَا (سَم) ؛ وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ : بَلَّغَكَ النِّكَاحَ فَسَكَتَ ، فَقَالَتْ : بَلْ رَدَدْتُ فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا (سَم) ،

لأنه كلام يحتمل الإذن وعدمه فلا ثبت الإذن قبل العقد بالشك ولا ينطل العقد بالشك (ولو استأذنها غير الولي فلا بد من القول) لأن السكوت إنما جعل رضا عند الحاجة وهو استئثار الولي وعجزها عن المباشرة فلا يقاس عليه عدم الحاجة وهو من لا يملك العقد ولا التفات إلى كلامه . قال (وإذن الثيب بالقول) قال عليه الصلاة والسلام « الثيب تستأمر » أى يطلب أمرها والأمر بالقول . وقال في حق البكر « تستأذن » أى يطلب الإذن منها ، والإذن والرضا يكون بالسكوت . وقال عليه الصلاة والسلام « والثيب يعرب عنها لسانها » ولأن السكوت إنما جعل إذنا لمكان الحياء المانع من النطق المختص بالأبكار ، ويكون فيهن أكثر فلا يقاس عليها الثيب . قال (وينبغي أن يذكر لها الزوج بما تعرفه) لعدم تحقق الرضا بالمجهول . وقال بعضهم : يشترط تسمية قدر الصداق أيضا لاختلاف الرغبات باختلافه . قال (فإن زالت بكارتها بوثبة أو جراحة أو تعنيس أو حيض فهي بكر) لأنها في حكم الأبكار حتى تدخل تحت الوصية لهم بالإجماع ومصبيها أول مصيب (وكذلك إن زالت بزنا) عند أبي حنيفة ، وقالوا : تزوج كما تزوج الثيب لأن مصبيها عائد إليها إذ هو من التوثيب وهو العود مرة بعد أخرى ، وله أنه لو اشترط نطقها فإن لم تنطق تفوتها مصلحة النكاح ، وإن نطقت والناس يعرفونها بكرا فتضرر باشتهار الزنا عنها فيكون حياؤها أكثر فتضرر على كل حال ، فوجب أن لا يشترط دفعا للضرر عنها حتى لو كانت مشهورة بذلك بأن أقيم عليها الحد أو اعتادته وتكرر منها ، أو قضى عليها بالعدة تستنطق بالإجماع لزوال الحياء وعدم التضرر بالنطق ؛ ولو مات زوج البكر أو طلقها قبل الدخول تزوج كالأبكار لبقاء البكارة والحياء (ولو قال الزوج : بلغك النكاح فسكت ، فقالت : بل رددت فاقول قولها) لأنها منكورة تملك بضعها والبيئة بينته لأنه يدعيه (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد مر في الدعوى ، ولو ادعت رد النكاح حين أدركت وادعى الزوج السكوت فاقول قوله لأنه منكر زوال ملكه عنها ؛ وإن زوجت نفسها وزوجها الولي برضاها فأيهما قالت هو الأول صح لصحة إقرارها على نفسها دون إقرار الأب ؛ وإن قالت لأدرى لم يثبت واحد منهما لعدم إمكان الجمع وعدم أولوية أحدهما ؛ ولو تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيبا يجب جميع المهر لأن البكارة لاتصير مستحقة بالنكاح ؛ ولو تزوجها وليها

وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِنِكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمَرْجُوحُ أَبًا
لَوْ جَدًّا فَلَا خِيَارَ لَهَا بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُهُمَا فَلَهُمَا الْخِيَارُ (س) .

فبلغها فردت ، ثم قال لها إن جماعة يخطبونك فقالت أنا راضية بما تفعل فزوجها الأول
لايجوز ، لأن قولها أنا راضية بما تفعل ينصرف إلى غيره دلالة ؛ ومثله لو قال لرجل كرهت
صحبة فلانة فطلقها فزوجني امرأة ، فزوجه تلك المرأة لايجوز ؛ وكذلك لو باع عبده
ثم أمر إنسانا أن يشتري له عبدا فاشترى ذلك العبد لايجوز . قال (ويجوز للولي إنكاح
للصغير والصغيرة والمجنونة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايزوج النساء إلا الأولياء
ولا يزوجن إلا من الأكفاء » وقال عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » والبالغات
خرجن بما سبق من الأحاديث فبقى الصغار « والنبي عليه الصلاة والسلام تزوج عائشة رضي
الله عنها وهي بنت سبع سنين وبني بها وهي بنت تسع » وعلى رضي الله عنه زوج ابنته
أم كلثوم من عمر وهي صغيرة ، ولأن النكاح يتضمن المصالح وذلك يكون بين المتكافئين
والكفاء لايتفق في كل وقت ، فست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلا للمصلحة
وإعدادا للكفء إلى وقت الحاجة ، والقرابة موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع ، إلا أن
شفقة الأب والجد أكثر فيكون عقدهما لازما لاخيار فيه ، وشفقة غيرهما لمن قصرت
عنهما قلنا بالانعقاد وثبوت الخيار عند البلوغ ، فان رآه غير مصلحة فسخه (ثم إن كان
المرجوح أباً أو جداً فلا خيار لهما بعد البلوغ) لو فور شفقتهم وشدة حرصهما على نفهمهم
فكأنهم باشره بأنفسهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ماخير عائشة رضي الله عنها
حين بلغت (وإن زوجهما غيرهما فلهما الخيار) إن شاء أقاما على النكاح ، وإن شاء فسخا
وقال أبو يوسف : لاخيار لهما كالأب والجد . وجوابه ما ذكرنا من قصور شفقتهم عن
شفقة الأب والجد ، وذلك مظنة وقوع الحلل في المقصود من النكاح فيثبت الخيار لدفع
الحلل لو كان ، ثم سكوت البكر عند بلوغها رضا إذا علمت بالنكاح ، ولا يمتد إلى آخر
المجلس كما في الابتداء ، ولو بلغت بعد الدخول فلا بد من القول والتصريح بالرضا أو بالرد
لأنها ثيب كما في الابتداء وكذا الغلام ، ولا بد في الفسخ من القضاء لأن العقد قد تم
وثبتت أحكامه فلا يرتفع إلا برفع من له ولاية وهو القاضي أو بتراضيهما ، ولأنه لرفع
ضرر خفي وهو وقوع الحلل في العقد فيكون إلزاما فاحتاج إلى القضاء ، ويشمل الذكر
والأنثى لشمول المعنى لهما ، ويشترط علمهما بالنكاح دون الحكم لأن العقد ينفرد به الولي
فيعذران في الجهل . أما الحكم فالدار دار الإسلام فلا عذر في الجهل ، بخلاف خيار العتق
حيث لا يحتاج إلى القضاء لأنه دفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك ويقتصر على الأنثى ، لأن
زيادة الملك في حقها دونه ويمتد إلى آخر المجلس لأنه جواب التملك قال عليه الصلاة والسلام

وَلَا خِيَارَ لِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فِي عَيْبٍ إِلَّا فِي الْحَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْخِصَاءِ ، وَالْوَلِيِّ الْعَصْبَةِ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي الْإِرْثِ وَالْحَجْبِ ثُمَّ مَوْلَى الْعَتَاقَةِ . وَلِلْأُمِّ وَأَقَارِبِهَا التَّزْوِيجُ ، ثُمَّ مَوْلَى الْمُوَالَاةِ ، ثُمَّ الْقَاضِي (سم) ؛

« ملكت بضعتك فاختارى » وتعذر في الجهل بحكم الخيار لأنها مشغولة بخدمة المولى فلا تتفرغ للعلم ، وإذا اختارت الفسخ في خيار البلوغ ففرق القاضي فهي فرقة بغير طلاق ، ولأنه فسخ ثبت ضرورة دفع الزوم فلا يكون طلاقاً ولهذا يثبت لها ولا مهر لها إن كان قبل الدخول لأن المراد من الفسخ رفع مثنويات العقد ، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى لأنه استوفى المفقود عليه ، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه ، وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه إلا هذه (١) . والوجه فيه أنه لو وجب المهر لما كان في الخيار فائدة لأنه قادر على الفرقة بالطلاق ، فلما ثبت الخيار علمنا أنه ثبت لفائدة وهي سقوط المهر ؛ ولو مات أحدهما قبل البلوغ أوبعده قبل التفريق ورثه الآخر لصحة العقد وثبت الملك به وقد انتهى بالموت (ولا خيار لأحد الزوجين في عيب إلا في الحب والعنة والخصاء) على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى . قال (والولى العصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » وهم (على ترتيبهم في الإرث والحجب ثم مولى العتاقة) لأنه آخر العصبات على ما عرف في الفرائض . قال (وللأم وأقاربها التزويج ، ثم مولى الموالاته ، ثم القاضي) أما الأم وأقاربها فذهب أبي حنيفة ، وروى عنه وهو قولهما ليس لهم ذلك لما روينا ، ولأن الولاية تثبت دفعا للعار بعدم الكف . وذلك إلى العصبات لأنهم هم الذين يعيرون بذلك . ولأبي حنيفة أن الأصل في هذه الولاية إنما هو القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر في حق المولى عليه ، وذلك يتحقق في كل من هو مختص بالقرابة . وشفقة الأم أكثر من شفقة غيرها من الأبعاد من أبناء الأعمام ، وكذلك شفقة الجد لأم والأخوال ، ولأن الأم أحد الأبوين فتثبت الولاية لها كالآخر ، وهو مروي عن علي

(١) يرد على هذه القاعدة ما لو تزوج مكاتبه وجعل مهرها جارية ، ثم تزوج الأمة التي جعلت مهرها ، ثم طلق المكاتبه قبل الدخول فانه يفسخ العقد في الجارية لعود ملك نصف الجارية إلى ملكه ، فانه يصدق أن الفرقة جاءت من قبله بالطلاق مع أن مهر الجارية عليه ويرد عليه أيضا ما لو تزوج أمة ثم اشتراها فانه يفسخ العقد لدخول الجارية في ملكه ، فصدق أن الفرقة جاءت من قبله بسبب الشراء مع أن مهر الجارية عليه . ويمكن الجواب بأن مراد الشارح يكون الفرقة من قبله أن تكون من قبله قصدا ، والفرقة في هاتين المسئلتين ليست من قبله قصدا بل في ضمن الطلاق في المسئلة الأولى ، وفي ضمن الشراء في المسئلة الثانية . كذا بهامش نسخة مخطوطة .

وَلَا وِلَايَةَ لِعَبْدٍ وَلَا صَغِيرٍ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ ، وَابْنُ الْمَجْنُونَةِ يُقَدَّمُ عَلَى أَبِيهَا (م) : وَإِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لَا يَنْتَظِرُ الْكُفَّاءُ الْخَاطِبُ حُضُورَهُ زَوْجَهَا الْأَبْعَدُ (ز) ،

وابن مسعود رضى الله عنهما . والأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية لأنها داعية إلى الشفقة والنظر كالعصبات إلا أنهم تأخروا عن العصبات لضعف الرأى وبعد القرابة كما في الإرث ، وأما الحديث فإنه يقتضى النكاح إلى العصبات عند وجودهم ، أما عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فنقول : ينتقل إلى ما هو في معنى العصبات في الشفقة فلا يكون حجة علينا بل لنا ، وتاممه يعرف في الفرائض في فصل ذوى الأرحام . وأما مولى العتاقة فلائنه وارث مؤخر عن ذوى الأرحام فكذا في الولاية ولأنه عصبه على ما عرف في الفرائض . وأما القاضى فلقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة) أما العبد فلائنه لا ولاية له على نفسه فكيف بلى غيره ؟ وكذا الصبي والمجنون لأنهما لا نظر لهما ولا خبرة وهذه ولاية نظرية وأما الكافر فإن الولاية تقتضى نفوذ قول الولي على المولى عليه ، ولا نفاذ لقول الكافر على المسلم كما في الشهادة ، قال الله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - وثبتت له الولاية على ولده الكافر ، قال تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض - ولهذا تقبل شهادة بعضهم على بعض . قال (وابن المجنونة يقدم على أبيها) في ولاية النكاح . وقال محمد : يقدم الأب لأنه أشفق ولهما أن التقديم هنا بالعصوبة والابن مقدم في العصوبة كما في الإرث . قال (وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكفاء الخاطب حضوره زوجها الأبعد) واختلفوا في الغيبة المنقطعة ، فعن أبي يوسف مسيرة شهر ، وعن محمد من الكوفة إلى الرى خمس عشرة مرحلة ، وعنه من بغداد إلى الرى عشرون مرحلة . وفصل ابن شجاع ذلك فقال : إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة إلا مرة واحدة فهى غيبة منقطعة . قال القدورى : وهذا صحيح لأن الخاطب لا ينتظر سنة ولا يعلم هل يجيب الولي أم لا ، وقد ينتظر بعض السنة فلذلك قدره بهذا . وقال زفر : إذا كان في مكان لا يدرى أين هو فهو غيبة منقطعة وهذا حسن لأنه إذا كان لا يدرى أين هو لا يمكن استطلاع رأيه فتفوت المصلحة ، وقيل ثلاثة أيام ، والمختار ما ذكره في الكتاب لأنه تفوت المصلحة باستطلاع رأيه وانتظاره . وقال زفر : لا يزوجهما الأبعد لأن ولاية الأقرب قائمة حتى لو زوجها حيث هو جاز . ولنا أنه لو لم ينتقل إلى الأبعد تتضرر الصغيرة لأنه يفوت الكفاء الحاضر وقد لا يتفق الكفاء مرة أخرى فوجب أن ينتقل دفعا لهذا الضرر ، ولأن الغائب عاجز عن تدبير مصالح النكاح فيفوت مقصود الولاية لأنها نظرية

وَلَوْ زَوَّجَهَا وَلَيَّانَ فَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، وَإِنْ كَانَا مَعًا بَطَلًا ؛ وَيَجُوزُ لِلْأَبِ وَالْجَدِّ أَنْ يَزُوجَ ابْنَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ الْمِثْلِ وَابْنَتَهُ بِأَقْلٍ (سم) ، وَمِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا ، وَالْوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ وَلَيًّا كَانَ أَوْ وَكِيلاً ، أَوْ وَلِيًّا وَوَكِيلاً أَوْ أَصِيلاً ، أَوْ وَلِيًّا وَأَصِيلاً .

ولا نظر في ذلك . وأما إذا زوّجها ففيه روايتان ، قيل لا يجوز لانقطاع ولايته ، وقيل يجوز لظهور الانتفاع برأيه ، ولأننا إنما أسقطنا ولايته دفعا للضرر عن الصغيرة ، فإذا زوّجها ارتفع الضرر فعادت الولاية بعد ارتفاعها ، ولا ينتقل إلى السلطان لأنه ولي من لاوئ له بالحديث . وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه . قال (ولو زوّجها وليان فالأوّل أولى) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أنكح الوليان فالأوّل أولى » ولأنه لما سبق فقد صحّ فلا يجوز نكاح الثاني ، وهذا لأن سبب الولاية القرابة وهي لا تنجزى ، والحكم الثابت به أيضا لا يتجزى فصار كل واحد منهما كالمنفرد فأيهما عقد جاز كالأمان (وإن كانا معا بطلا) لتعذر الجمع وعدم أولوية أحدهما . قال (ويجوز للأب والجدة أن يزوّج ابنة بأكثر من مهر المثل وابنته بأقل ومن غير كفء ، ولا يجوز ذلك لغيرهما) وقالوا : لا يجوز ذلك للأب والجدة أيضا إلا أن يكون نقصانا يتغابن في مثله ، ولا ينقصد العقد عندهما لأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في ذلك ، ولهذا لا يجوز ذلك في المال . ولأني حنيفة أن النكاح عقد عمر ، وهو يشتمل على مقاصد وأغراض ومصالح باطنه ، فالظاهر أن الأب مع وفور شفقتة وكمال رأيه ما أقدم على هذا النقص إلا لمصلحة تربو وتزيد عليه هي أنفع من القدر الفائت من المال والكفاة ، بخلاف المال لأن المقصود المالية لا غير ، وبخلاف غير الأب والجدة لأنهم أنقص شفقة ، وبخلاف ما إذا زوّج أمة الصغير لعدم الجابر في حقه لأن مقاصد النكاح لم تحصل للصغير ، وبخلاف ما إذا تزوّجت المرأة وقصرت في مهرها حيث للأولياء الاعتراض عليها عنده حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها لأنها سريعة الانخداع ضعيفة الرأي ، فتفعل ذلك متابعة للهوى لا لتحصيل المقاصد ، لأن النساء قلما ينظرن في عواقب الأمور ومصالحها . وقال أبو يوسف ومحمد : لا اعتراض عليها لأن المهر حقها ، ولهذا كان لها أن تهيه فلأن تنقصه أولى . ولأني حنيفة أن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع فلا يجوز التنقيص منه شرعا حتى لو سمي أقل من عشرة فلها عشرة وإلى مهر مثلها حق الأولياء لأنهم يعيرون بذلك فلهم مخاصمتها إلى تمامه ، والاستيفاء حقها فان شاءت قبضته وإن شاءت وهبته . قال (والواحد يتولى طرفي العقد وليا كان أو وكيعا ، أو وليا ووكيعا ، أو أصيلا ووكيعا ، أو وليا وأصيلا) أما الولي من الجانبيين كمن زوّج ابن ابنه بنت ابن له آخر أو بنت أخيه ابن أخ له آخر أو أمته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر . وأما الولي والوكيل بأن وكاه رجل

وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْفُضُولَى مَوْقُوفًا كَالْبَيْعِ إِذَا كَانَ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، أَمَّا
مِنْ جَانِبَيْنِ (س) أَوْ فُضُولِيًّا مِنْ جَانِبٍ أَصِيلًا مِنْ جَانِبٍ فَلَا .
وَالْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي النِّكَاحِ فِي النَّسَبِ

أَنْ يَزُوجَهُ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ ، أَوْ وَكَلْتَهُ امْرَأَةً أَنْ يَزُوجَهَا مِنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ . وَأَمَّا الْوَكِيلُ وَالْأَصِيلُ
بَأَنْ وَكَلْتَهُ امْرَأَةً أَنْ يَزُوجَهَا مِنْ نَفْسِهِ . وَأَمَّا الْوَلِيُّ وَالْأَصِيلُ أَنْ يَزُوجَ ابْنَتَهُ عَمَهُ الصَّغِيرَةَ مِنْ
نَفْسِهِ . وَصُورَتُهُ أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُوا أَنِّي زَوَّجْتُ فَلَانَةَ مِنْ فَلَانٍ ، أَوْ فَلَانَةَ مِنِّي ، أَوْ تَزَوَّجْتُ
فَلَانَةَ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ لِأَنَّهُ تَضْمَنَ الشَّطْرَيْنِ . وَقَالَ زَفَرٌ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ
أَنْ يَكُونَ الْوَاحِدُ مَمْلُوكًا مَمْلُوكًا كَالْبَيْعِ . وَلَنَا أَنَّهُ مُعْبَرٌ وَسَفِيرٌ وَالْمَانِعُ مِنْ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ
رَجُوعُ الْحَقُوقِ إِلَى الْعَاقِدِ فَيَجْرَى فِيهِ التَّمَانَعُ ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْوَاحِدُ مُطَالِبًا وَمُطَالَبًا
فِي حَقٍّ وَاحِدٍ ، وَهَذَا الْحَقُوقُ لَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ فَلَا تَمَانَعُ . قَالَ (وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْفُضُولَى مَوْقُوفًا
كَالْبَيْعِ إِذَا كَانَ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، أَمَّا مِنْ جَانِبَيْنِ أَوْ فُضُولِيًّا مِنْ جَانِبٍ أَصِيلًا مِنْ جَانِبٍ
فَلَا) أَمَّا الْفُضُولَى مِنْ جَانِبٍ بَأَنْ يَزُوجَ امْرَأَةً بَغِيرَ أَمْرِهَا رَجُلًا وَقَبْلَ الرَّجُلِ ، أَوْ رَجُلًا بَغِيرَ
أَمْرِ امْرَأَةٍ فَقَبِلَتْ ، فَانَّهُ يَنْعَقِدُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ الْغَائِبِ . وَأَمَّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ :
أَشْهَدُوا أَنِّي زَوَّجْتُ فَلَانَةَ مِنْ فَلَانٍ وَهُمَا غَائِبَانِ بَغِيرَ أَمْرِهِمَا فَهَذَا لَا يَنْعَقِدُ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ :
يَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَتِهِمَا ، وَالْفُضُولَى مِنْ جَانِبٍ أَصِيلٍ مِنْ جَانِبٍ بَأَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ :
أَشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَزَوَّجْتُ فَلَانَةَ وَهِيَ غَائِبَةٌ وَلَمْ يَقْبَلْ عَنْهَا أَحَدٌ ، فَهَذَا أَيْضًا عَلَى الْخِلَافِ ؛
وَلَوْ جَرَى بَيْنَ فُضُولَيْنِ جَازَ بِاتِّفَاقِنَا ، وَذَكَرْنَا فِي الْبَيُوعِ الدَّلِيلَ عَلَى انْعِقَادِ تَصَرُّفَاتِ
الْفُضُولَى . لِأَبِي يُوسُفَ فِي الْخِلَافَةِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ وَكِيلًا انْعَقَدَ وَنَفَذَ ، فَإِذَا كَانَ فُضُولِيًّا يَنْعَقِدُ
وَيَقِفُ . وَلَهُمَا أَنْ هَذَا شَطْرُ الْعَقْدِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ كَمَا إِذَا كَانَ أَصِيلًا ،
بِخِلَافِ الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ مُعْبَرٌ فَيَنْقَلُ كَلَامُهُ إِلَيْهِمَا ، وَكَلَامُ الْفُضُولِيِّينَ عَقْدٌ تَامٌ فَلَا يَقَاسُ عَلَيْهِ ،
وَلَوْ زَوَّجَ الْأَبُ ابْنَهُ الْكَبِيرَ فَجُنَّ قَبْلَ الْإِجَازَةِ فَأُجَازَهُ الْأَبُ جَازَ وَنَفَذَ لثُبُوتِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ
وَقْتُ الْإِجَازَةِ .

فصل

(وَالْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي النِّكَاحِ) وَتُعْتَبَرُ فِي الرِّجَالِ لِلنِّسَاءِ لِلزُّومَةِ فِي حَقِّهِنَّ ، وَلِأَنَّ الشَّرِيفَةَ
تُعْبَرُ وَيُغَيِّظُهَا كَوْنُهَا مُسْتَفْرَشَةً لِلْخَسِيسِ ، وَلَا كَذَلِكَ الرَّجُلُ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسْتَفْرَشُ . وَالْأَصْلُ
فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَلَا لَا يَزُوجُ النِّسَاءُ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ ، وَلَا يَزُوجُنَّ إِلَّا الْمَنْ الْأَكْفَاءُ »
وَلِأَنَّ الْمَصَالِحَ إِنَّمَا تَمَّ بَيْنَ الْمُتَكَافَيْنِ غَالِبًا فَيَشْتَرُطُ لَيْتَمَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ . قَالَ وَتُعْتَبَرُ (فِي النَّسَبِ)
فَقَرِيشُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ لَا يَكْفَاهُمْ غَيْرُهُمْ مِنَ الْعَرَبِ ، وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ

وفى الدين والتَّقْوَى وفى الصَّنَائِعِ وفى الحُرِّيَّةِ وفى المَالِ ، وَمَنْ لَهُ أَبٌ فى الإسلامِ
أَوْ الحُرِّيَّةِ لا يَكْفَى مَنْ لَهُ أَبَوَانِ ، وَالْأَبَوَانِ (س) وَالْأَكْثَرُ سَوَاءٌ ،

لبعض لا يكافئهم الموالى ، قال عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض » وقال عليه الصلاة والسلام « والموالى بعضهم أكفاء لبعض » ولا يعتبر التفاضل فى قريش وإن كان أفضلهم بنو هاشم لما روينا ، ولأن النبی عليه الصلاة والسلام زوج ابنته عثمان وكان عبشميا أمويا ، وعلى رضى الله عنه زوج ابنته عمر رضى الله عنه وكان عدويا . قال محمد : إلا أن يكون نسبا مشهورا كبیت الخلافة تعظيما لها . قال (وفى الدين والتقوى) حتى إن بنت الرجل الصالح لو تزوجت فاسقا كان للأولياء الرد لأنه من أفجر الأشياء وأنها تعير بذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عليك بذات الدين تربت يداك » إشارة إلى أنه أبلغ فى المقصود . وقال محمد : لا يعتبر إلا أن يكون فاحشا كمن يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان لأنه من أمور الآخرة فلا يبتنى عليه أحكام الدنيا ، ولأن الأمير النسب كفاء للدينة ، إن كان لا يبالى بما يقولون فيه ولا يلحقها به شين ، بخلاف الفاحش لأنه يلحقها به شين . وعن أبى يوسف إذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفاء ، وهو أن يكون متسترا لأنه لا يظهر فلا يلتحق بها الشين . قال (وفى الصنائع) لأن الناس يعيرون بالدنىء منها . وعن أبى حنيفة أنه غير معتبر فانه يمكن الانتقال عنها فليست وصفا لازما . وعن أبى يوسف لا يعتبر إلا أن يفحش كالحائك والحجام والكناس والدباغ فانه لا يكون كفواً لبنت البزاز والعطار والصيرفى والجوهرى . قال (وفى الحرية) فلا يكون العبد كفواً للحرّة لأنها تعير به فانه نقص وشين . قال (وفى المال) وهو ملك المهر المعجل والنفقة فى ظاهر الرواية حتى لو وجد أحدهما دون الآخر لا يكون كفواً ، لأن بالنفقة تقوم مصالح النكاح ويدوم الازدواج فلا بد منه ، والمهر بدل البضع فلا بد من إيفائه ، والمراد به ما تعارف الناس تعجيله حتى يسمونه نقداً والباقي بعده تعارفه مؤجلاً . وعن أبى يوسف إن كان يملك المهر دون النفقة ليس بكفاء ، وإن كان يملك النفقة دون المهر فهو كفاء لأن المهر تجرى فيه المساهلة ، وبعد الرجل قادرا عليه بقدرة أبيه . أما النفقة لا بد منها فى كل وقت ويوم . وفى النوادر عن أبى حنيفة ومحمد : امرأة فائقة فى اليسار زوجت نفسها ممن يقدر على المهر والنفقة ردّ عقدها . وقال أبو يوسف : إذا كان قادرا على إيفاء ما يعجل ويكتسب ما ينفق عليها يوما بيوم كان كفواً لها ، ولا اعتبار بما زاد على ذلك لأن المال غاد ورائح . قال (ومن له أب فى الإسلام أو الحرية لا يكافئ من له أبوان) لأن النسب بالأب وتماه بالجد (والأبوان والأكثر سواء) لما بينا . وعند أبى يوسف الواحد والأكثر سواء ، وقد سبق فى الدعوى ، ومن أسلم بنفسه لا يكون كفواً

وَإِذَا تَزَوَّجَتْ غَيْرَ كُفٍّ فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَفْرِقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَبَضَ الْوَلِيُّ الْمَهْرَ أَوْ جَهَّزَ بِهِ أَوْ طَالَبَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ ، وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رِضًى ، وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ (س) لِغَيْرِهِ يَمْنٌ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُ الْإِعْتِرَاضُ ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ ،

لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر بالإسلام ، والكفاءة في العقل ، قيل لا تعتبر ، وقيل تعتبر ، فلا يكون المجنون كفوا للعاقلة . قال (وإذا تزوجت غير كفء فللولى أن يفرق بينهما) دفعا للعار عنه ، والتفريق إلى القاضى كما تقدم في خيار البلوغ ، وما لم يفرق فأحكام النكاح ثابتة ، ولا يكون الفسخ طلاقا لأن الطلاق تصرف في النكاح وهذا فسخ لأصل النكاح ، ولأن الفسخ إنما يكون طلاقا إذا فعله القاضى نيابة عن الزوج وهذا ليس كذلك ، ولهذا لا يجب لها شيء من المهر إن كان قبل الدخول لما بينا ، وإن دخل بها فلها المسمى وعليها العدة ولها نفقة العدة للدخول في عقد صحيح . قال (فان قبض الولي المهر أو جهز به أو طالب بالنفقة فقد رضى) لأن ذلك تقرير للنكاح وأنه رضى كما إذا زوجها فكنت الزوج من نفسها (وإن سكت لا يكون رضى) وإن طالت المدة ما لم تلد لأن السكوت عن الحق المتأكد لا يبطله لاحتمال تأخره إلى وقت يختار فيه الخصومة (وإن رضى أحد الأولياء فليس لغيره ممن هو في درجته أو أسفل منه الاعتراض وإن كان أقرب منه فله ذلك) وقال أبو يوسف : للباقيين حق الاعتراض لأنه حق ثبت لجماعتهم فإذا رضى أحدهم فقد أسقط حقه وبقي حق الباقيين . ولنا أن هذا فيما يتجزأ وهذا لا يتجزأ وهو دفع العار فجعل كل واحد منهما كالمنفرد كما مر ، وهذا لأنه صح الإسقاط في حقه فيسقط في حق غيره ضرورة عدم التجزى كالعفو عن القصاص وصار كالأمان ، بخلاف ما إذا رضيت لأن حقها غير حقهم ، لأن حقها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش ، وحقهم في دفع العار ، فسقوط أحدهما لا يقتضى سقوط الآخر . وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا تزوجت بغير كفء لم يحز . قال شمس الأئمة السرخسى : وهو أحوط فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضى ، ولا كل قاض يعدل ، فكان الأحوط سد هذا الباب (١) ، ولو انتسب إلى غير نسبه فتزوجته إن كان النسب المكتوم أفضل لا خيار لها ولا للأولياء كما إذا اشتراه على أنه معيب فإذا هو سليم ، وإن كان دونه فلها ولهم الخيار ، وإن رضيت فلهم الخيار لما تقدم ، وإن كان دونه إلا أنه كفء بالنسب المكتوم فلا خيار للأولياء لأنه كفء لهم فلا عار عليهم ولها الخيار لأنه شرط لها زيادة منفعة ، وقد فانت فيثبت الخيار كما إذا اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فوجده لا يحسنه ، وهذا لأن الاستفراش ذل

(١) قال في الخانية : هذا أصح وأحوط ، واختار للفتوى في زماننا .

وَأِنْ نَقَصْتَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا فَلِلْأُولِيَاءِ أَنْ يَفْرَقُوا أَوْ يُتِمَّمَهُ .
 الْمَهْرُ أَقْلُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ مَا قِيمَتُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ وَلَا يَجُوزُ أَنْ
 يَكُونَ إِلَّا مَالًا ،

في جانبها ، وهي إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها ، وإن كانت هي التي غرته
 فلا خيار له لأنه لا يفوته شيء من المصالح ، والكفاءة ليست بشرط من جانبها ، وهو قادر
 على الطلاق وصار كالجلب والعنة والرتق . وعن أبي بكر الرازي وأبي الحسن الكرخي أنه
 لا تعتبر الكفاءة ، وهو مذهب مالك لقوله تعالى - إنا خلقناكم من ذكر وأنثى - إلى أن قال
 - إن أكرمكم عند الله أتقاكم - وقال عليه الصلاة والسلام « ليس لعربي على عجمي فضل
 إلا بالتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام لأبي هريرة « لو كان لي بنت لزوجتك » وروى
 « أن بلالا خطب امرأة من الأنصار فأبوا أن يزوجه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : قل
 قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجوني » وجوابه ما تقدم ، ولأن
 المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا ، لأن التقوى لا يعلم حقيقتها إلا الله وثوابها في الآخرة
 وكذا قوله عليه الصلاة والسلام المراد به الفضل عند الله تعالى وهو جواب الحديث ، ويجب
 الحمل عليه توفيقا بين الأدلة . قال (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا
 أو يتممها) ولا إشكال في ذلك على قولهما لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها أما على
 قول محمد فلا إشكال أيضا على رواية رجوعه . إلى قول أبي حنيفة ، وعلى قول الأول
 فيه إشكال لأنه لا يصح نكاحها عنده إلا باذن الولي . قالوا : صورته إذا كره الولي المرأة
 على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند
 أبي حنيفة خلافا لهما على ما تقدم .

فصل

(المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوز أن يكون إلا مالا) والأصل
 فيه قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم - علق الحل بشرط الابتغاء
 بالمسال فلا يحل دونه ، وسقوطه بالطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية لا يدل على عدمه لأنه
 يشبه الفسخ ، وسقوط العوض عند وجود الفسخ لا يدل على عدم الوجوب ، ولأن
 سقوطه يدل على ثبوته إذ لا يسقط إلا ما ثبت ولزم ، والتنصيف بالطلاق قبل الدخول
 ثبت نصا على خلاف القياس ، والمذكور في الآية مطلق المسال فكان مجملا ، والنبي عليه
 الصلاة والسلام فسره بالعشرة فقال فيما رواه عنه جابر وعبد الله بن عمر « لامهر أقل
 من عشرة دراهم » ولأن المهر ثبت حقا لله تعالى حتى لا يكون النكاح بدونه ، ولونفاه
 أو سكت عنه ، ولهذا كان لها المطالبة بالفرض والتقدير وأنه يبتنى على وجود الأصل ،

فان سَمِيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا عَشْرَةٌ (ز) ، وَمَنْ سَمِيَ مَهْرًا لَزِمَهُ بِالْدُخُولِ
وَالْمَوْتِ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَهُ نَصْفُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ لَهَا مَهْرًا
أَوْ شَرَطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْدُخُولِ وَالْمَوْتِ وَالْمُتْعَةُ بِالطَّلَاقِ
قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلَا تَجِبُ إِلَّا لَهُدِهِ ، وَتُسْتَحَبُّ لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ سِوَاهَا .
وَالْمُتْعَةُ دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِ ، وَلَا تَزَادُ عَلَى قَدَرِ نِصْفِ
مَهْرِ الْمِثْلِ ،

وما ثبت لحقّ الله تعالى يدخله التقدير كالزكاة . قال (فان سمي أقلّ من عشرة فلها عشرة)
وقال زفر : لها مهر المثل لأنه سمي ما لا يصلح مهرًا فصار كعدم التسمية . ولنا أن العشرة
لا تتبع في حكم العقد ، فتسميته بعضه كتسميته كله كالطالقة ، وكما إذا تزوّج نصفها ،
لأن الشرع أوجبه إظهارًا لخطر النكاح ، ولا يظهر بأصل المال لتناوله الحقيق منه ،
وما أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة ، ولأننا حطت عنه ما تملكه وما لا تملكه ،
فيسقط ما تملكه وهو الزيادة على العشرة ، ولا يسقط ما لا تملكه وهو تمام العشرة ، كما
إذا أسقط أحد الشريكين الدين المشترك يصحّ في نصيبه خاصة . قال (ومن سمي مهرًا لزمه
بالدخول والموت) أما الدخول فلأنه تحقق به تسليم المبدل ، وبالموت يتقرّر النكاح بانتهائه
فيجب البذل (وإن طلقها قبل الدخول لزمه نصفه) لقوله تعالى - فنصف ، ما فرضتم - .
قال (وإن لم يسمّ لها مهرًا أو شرط أن لا مهر لها فلها مهر المثل بالدخول والموت والمتعة
بالطلاق قبل الدخول) لأن النكاح صحّ فيجب العوض لأنه عقد معاوضة ، والمهر وجب
حقًا للشرع على ما بينا ، والواجب الأصلي مهر المثل لأنه أعدل فيصار إليه عند عدم
التسمية ، بخلاف حالة التسمية لأنهم رضوا به ، فان كان أقلّ من مهر المثل فقد رضيت
بالتقصان ، وإن كان أكثر فقد رضى بالزيادة . قال عليه الصلاة والسلام « المهر ما تراضى
عليه الأهلون » وقد صحّ أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية
بمهر المثل ، وقد تزوّجت بغير مهر ومات عنها قبل الدخول . وأما وجوب المتعة بالطلاق
قبل الدخول فلقوله تعالى فيه - ومتعهنّ - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - قال (ولا
تجب إلا لهذه) لأنها قائمة مقام نصف المهر وهي خلف عنه فلا تجتمع مع الأصل في حقّ
غيرها ، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ولا ينقص
من خمسة دراهم (وتستحب لكلّ مطلقة سواها) قال (والمتعة درع وخمار وملحفة)
هكذا ذكره ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما (يعتبر ذلك بحاله) لقوله تعالى - على
الموسع قدره - (ولا تزداد على قدر نصف مهر المثل) لأن النكاح الذي سمي فيه أقوى ،
فاذا لم يجب في الأقوى أكثر من نصف المهر لا يجب في الأضعف بطريق الأولى .

وَأِنْ زَادَهَا فِي الْمَهْرِ لَزِمَتْهُ الزِّيَادَةُ ، وَتَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ (س) ،
وَأِنْ حَطَّتْ مِنْ مَهْرِهَا صَحَّ الْحَطُّ ، وَالْخُلُوعُ الصَّحِيحَةُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ
كَالدُّخُولِ ، وَكَذَلِكَ الْعَيْنُ وَالْحَصَى وَالْمَجْبُوبُ (س) . وَالْخُلُوعُ الصَّحِيحَةُ
أَنْ لَا يَكُونَ ثَمَّ مَانِعٌ مِنَ الْوَطْءِ طَبْعًا وَشَرْعًا ، فَالْمَرْضُ الْمَانِعُ مِنَ الْوَطْءِ مِنْ
جِهَتِهِ أَوْ جِهَتِهَا مَانِعٌ طَبْعًا ، وَكَذَلِكَ الرَّتْقُ وَالْقَرْنُ وَالْحَيْضُ وَالْإِحْرَامُ
وَصَوْمُ رَمَضَانَ وَصَلَاةُ الْفَرَضِ .

قال (وإن زادها في المهر لزمت الزيادة) لما مر في البيوع في الزيادة في الثمن والتمن
(وتسقط بالطلاق قبل الدخول) وعند أبي يوسف تنصف بالطلاق قبل الدخول ، لأن
عنده المفروض بعد العقد كالمفروض فيه . وعندهما التنصيف يختص بالمفروض فيه .
وأصله أنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهرًا ثم اصطالحا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات
عنها ، وإن طلقها قبل الدخول فالمتعة . وقال أبو يوسف : يتنصف ما اصطالحا عليه
لقوله تعالى - فنصف ما فرضتم - . ولهما أن هذا تعيين لما وجب بالعقد من مهر المثل ،
ومهر المثل لا يتنصف ، فكذا ما يقوم مقامه ، والفرض المعروف هو المفروض في العقد ،
وهو المراد بالنص . قال (وإن حطت من مهرها صح الحط) لأنه خالص حقها بقاء
واستيفاء فتملك حظه كسائر الحقوق . قال (والخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح
كالدخول) لما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم « من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » وروى
زرارة بن أبي أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أنه إذا أرخى سترا
أو أغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة . وقال عمر رضي الله عنه : فيه ما ذنبن
إذا جاء العجز من قبلكم ، ولأنه عقد على المنافع فيستقر بالتخلية كالإجارة ولأنها سلمت
المبدل إليه فيجب لها البدل كالبيع (وكذلك العين والحصى) لما ذكرنا (و) كذلك
(المحبوب) وقالوا : يجب عليه نصف المهر لوجود المانع قطعا وهو أعجز من المريض ،
وله أن المستحق له في هذا العقد إنما هو السحق (١) وقد سلمت إليه ذلك (والخلوة
الصحيحة أن لا يكون ثم مانع من الوطء طبعًا وشرعًا ، فالمرض المانع من الوطء من جهته
أو جهتها مانع طبعًا ، وكذلك الرتق والقرن) وكذا إذا كان يخاف زيادة المرض ، فانه
لا يعرى عن نوع فتور (والحيض) مانع شرعًا وطبعًا إذ الطباع السليمة تنفر منه (والإحرام)
بالحج أو العمرة فرضًا أو نفلا (وصوم رمضان وصلاة الفرض) مانع شرعًا . أما الإحرام

وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة ، ولا يتجاوز به المسمى ، ويثبت فيه النسب .

وإن تزوجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدن من الخل (سم) فإذا هو خمر ؛ أو على هذا العبد فإذا هو حر ؛ أو على خدمته سنة (س) ؛ أو تعليم القرآن جاز النكاح (م) ، ولها مهر المثل .

فلما يلزمه من الدم ، وفي الصوم لما يلزمه من الكفارة والقضاء ، بخلاف التطوع فإنه يجوز إفطاره بعذر يتعلق بحق الآدمي كالضيافة ، ولا كذلك رمضان والمنذور والقضاء فيه روايتان ؛ وقيل في صوم يوم التطوع روايتان ، وكذلك السنن إلا ركعتي الفجر والأربع قبل الظهر لشدة تأكيدهما بالوعيد على تركهما ، والمكان الذي تصح فيه الخلوة أن يأمن في إطلاع غيرهما عليهما حتى لو خلاها في مسجد أو حمام أو طريق أو على سطح لاحتجاب له فليست صحيحة ، وكذلك لو كان معهما أعمى أو صبي يعقل أو مجنون أو كلب عقور أو منكوحه له أخرى أو اجنبية ؛ وفي الأمة فيه روايتان ، وعليها العدة في جميع ذلك احتياطاً لأنها حق الشرع . قال (وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة) لأن الحرمة قائمة وأنها مانعة شرعاً ، فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة ، وإنما يجب مهر المثل لأنه لما فسد المسمى صرنا إلى مهر المثل ، إذ هو الموجب الأصلي لما مر (ولا يتجاوز به المسمى) لأن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية ، فان نقصت عن مهر المثل لا تجب الزيادة عليهما لعدم التسمية ، وإن زادت لا تجب الزيادة لفساد التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغة ما بلغت لأنه مال متقوم فيقدر بدله بقيمته (ويثبت فيه النسب) لأنه مما يحتاط في إثباته ، وأول مدته وقت الدخول ، بخلاف النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد ، لأن الصحيح داع إلى الوطء فأقيم العقد مقامه ، والفاسد ليس بداع لما بينا من الحرمة فلا يقام العقد مقامه ، وعليها العدة احتياطاً وتحرزاً عن اشتباه النسب ، وأولها يوم التفريق لأنها وجبت لشبهة النكاح ، والشبهة إنما ترتفع بالتفريق .

فصل

(وإن تزوجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر ؛ أو على هذا العبد فإذا هو حر ؛ أو على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أما الحمر والخنزير فلأنه شرط فاسد فيلغو ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع ، وإذا بطلت التسمية صارت كالعدم فيجب مهر المثل لما تقدم . وأما الدن فكذلك

وإذا تزوج العبدُ باذنِ مولاهُ على خدمته سنةً جازَ ولها الخدمةُ ، وإنْ تزوجها على ألفٍ على أنْ لا يتزوجَ عليها ، فإنْ وفي فلها المسمى ،

عند أبي حنيفة ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية فصار كأنه تزوجها على الخمر ، وقالوا : لها مثل وزنه خلا ، وكذلك العبد عند أبي حنيفة لما مر . وقال أبو يوسف : يجب فيه مثل قيمته لو كان عبداً لأنه أطعمها في مال وقد عجز عن تسليمه فيجب قيمته أو مثله كما إذا تزوجها على عبد الغير . وقال محمد : يجب مهر المثل لأن الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا ، ألا يرى أنه لو اشترى فصا على أنه ياقوت أحمر فاذا هو أخضر انعقد العقد لاتحاد الجنس ، وإن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمسمى لأنه ليس موجودا فيه لا ذاتا ولا صفة ، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ، وفيما نحن فيه العبد والحرّ جنس واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه كأنه تزوجها على حرّ فيلزمه مهر المثل . أما الخُلّ والخمر جنسان لتفاحش التفاوت بينهما فيتعلق العقد بالمسمى وهو الخُلّ فيلزمه ؛ وأما إذا تزوجها على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن فذهبهما وجوب مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة خدمته لأنه مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوجها على عبد الغير فانه تجب القيمة . ولهما أن الخدمة ليست بمال لأنها لا تستحق بحال فصار كتسمية الخمر ، وهذا لأن تقوم المنافع بالعقد ، فاذا لم يجب تسليمها فيه لم يظهر تقومها فيصار إلى مهر المثل لما بينا أو نقول المشروع الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع لما بينا ، أو نقول تعليم القرآن واجب فلا يجوز أن يكون مهرًا كتعليم الشهادتين ، بخلاف خدمة العبد لأنها مال فانها تتضمن تسليم رقبته ، ولأن استحقاق الزوجة خدمة الزوج قلب الموضوع ، لأن توقير الزوج واجب عليها وفي استخدامه إهانتة . قال (وإذا تزوج العبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها الخدمة) لأنها مال على ما بينا ولا مناقضة فانه يخدم المولى معنى حيث كان بأمره ؛ ولو تزوجها على خدمة حرّ آخر ، الصحيح أنه يصحّ إذ لا مناقضة ، وترجع بقيمة خدمته على الزوج ، ولو تزوجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها فيه روايتان والفرق على إحداها أنه لا مناقضة لأنه من باب القيام بمصالح الزوجية ؛ ولو جمع بين ما هو مال وما ليس بمال ، فإن وفي المال بالعشرة فهو لها لا غير ، وإن لم يف فلها تمام مهر مثلها كما لو تزوجها على عشرة دراهم ورطل من خمر فلها العشرة ولا يكمل لها مهر المثل ؛ ولو تزوجها على عيب عبد اشتراه منها جاز ، فان كانت قيمة العيب عشرة فهو لها ولا يكمل عشرة . قال (وإن تزوجها على ألف على أن لا يتزوجَ عليها ، فان وفي فلها المسمى) لأنه

وإلا فتهز مثلها ، وإن قال على ألف إن أقام بها ، وألفين إن أخرجها ، فإن أقام فلها الألف ، وإن أخرجها فتهز مثلها (سم ز) ، وإن تزوجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بمهر المثل (سم) ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل (سم) ؛ وإن تزوجها على حيوان ، فإن سمي نوعه كالفرس جاز ، وإن لم يصفه ولها الوسط ، فإن شاء أعطاها ذلك ، وإن شاء قيمته ، والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه ،

يصلح مهرا وقد تراضيا به (وإلا فهر مثلها) لأنها ما رضيت بالألف إلا مع ما ذكر لها من المنفعة فيكمل لها مهر المثل لأنها لم ترض به فكأنه ما سمي ، ولو تزوجها على ألف وكرامتها (١) فلها مهر المثل لا ينقص من ألف لأنه رضى بها ، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنها أكثر من المتعة (وإن قال على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجها ، فإن أقام فلها الألف) لما بينا (وإن أخرجها فهر مثلها) لا يزداد على ألفين ولا ينقص من ألف ، وقالوا : الشرطان جائزان ، وعند زفر فاسدان ولها مهر المثل في الوجهين ، وعلى هذا على ألف إن لم يتزوج عليها ، وألفين إن تزوج . لزفر أن كل واحد منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولا . ولهما أن كل واحد منهما فيه غرض صحيح وقد سمي فيه بدلا معلوما فصار كالخياطة الفارسية والرومية . ولأبي حنيفة أن الشرط الأول صح وموجه المسمى لما بينا . والشرط الثاني ينفي موجب الأول والتسمية متى صححت لا يجوز نفي موجبها فيبطل الشرط الثاني ؛ ولو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة ، وألفين إن كانت جميلة صح الشرطان ، والفرق أنه لا مخاطرة هنا ، لأن المرأة على صفة واحدة إلا أن الزوج يجهلها ، وفي المسئلة الأولى المخاطرة موجودة في التسمية الثانية ، لأنه لا يدري أن الزوج هل ينفي بالشرط الأول أم لا (وإن تزوجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بمهر المثل ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل) وقالوا : لها الأوكس بكل حال ؛ وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس بالإجماع . ولهما أن الأوكس مسمى بيقين لأنه أقل ولا يصار إلى مهر المثل مع المسمى . ولأبي حنيفة أن الأصل مهر المثل ، وإنما يترك عند صحة المسمى وأنه مجهول للدخول كلمة أو فيكون فاسدا ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فقد رضى بالخط ، وإن كان أقل فقد رضى بالزيادة ، ومتى جهل المسمى تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول ، إلا أن نصف الأوكس يزيد عليها عادة فيجب لاعترافه به . قال (وإن تزوجها على حيوان فإن سمي نوعه كالفرس جاز وإن لم يصفه ولها الوسط فإن شاء أعطاها ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه

(١) قوله وكرامتها : أى بأن يحسن إليها بشيء تسره به .

وكذلك كل ما يثبت في الذمة .

وكذلك كل ما يثبت في الذمة ، والأصل في ذلك أن التسمية لاتصح مع جهالة الجنس والنوع والصفة لأنها تؤدى إلى المنازعة ، وتصح مع الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف لأن النكاح يحتمل ضربا من الجهالة ، لأن مبناه على المساهلة والمساحة ، ألا ترى أنه يجوز بمهر المثل مع جهالته لما أنها لاتوجب المنازعة كذلك جهالة الوصف ، بخلاف البيع لأن مبناه على الماكسة والمضايقة . ثم الجهالة أنواع : منها جهالة النوع والوصف كقوله : ثوب أو دابة أو دار فلا تصح هذه التسمية لتفاوتها تفاوتاً فاحشاً في الصور والمعاني فيجب مهر المثل ، وكذا التسمية مع الخطر كقوله على ما في بطن جاريتي أو غنمي أو ما يحمله نخله هذه السنة . ومنها ما هو معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروى فإنه تصح التسمية ، ويجب الوسط منه لأنه إذا كان معلوم النوع كان له جيد وردى ووسط والوسط أعدل لأنه ذو حظ من الطرفين ؛ وعند جهالة النوع لاوسط لاختلاف معاني الأنواع ، فإن معنى الفرس غير معنى الحمل ، ومعنى الشاة غير معنى الجاموس ؛ وكذلك اختلاف أنواع الثياب كالأطلس والقطن وغيرهما ، وإنما يتخير لأن الوسط إنما يعرف بالقيمة فكانت أصلاً في حق الإيفاء ، والعين أصل من حيث التسمية فيتخير وتجبر المرأة على القبول ، وقال زفر : إذا كان المهر ثوباً صوفاً لاتجبر على أخذ القيمة ، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها استحققت الثوب بالتسمية فلا تجبر على أخذ غيره كما في السلم . وجوابه إذا لم يكن معيناً فهو وقيمته سواء في الجهالة فتجبر على القبول كما في الحيوان . واختار بعضهم قول زفر وقال هو الأصح ، لأن الثوب وجب في الذمة وجوباً مستقراً كالسلم ، ولا كذلك الحيوان لأنه لايجب في الذمة وجوباً مستقراً في السلم فكذا هنا ، ثم عند أبي حنيفة قيمة العبد الوسط أربعون ديناراً ، وإن سمي أبيض فخمسون وهو قيمة الغرة ، والمهر بمعنى الغرة ، وعندهما على قدر الرخص والغلاء ، وقيل هذا اختلاف زمان لا برهان . ومنها ما هو معلوم الجنس والصفة وهو غير معين كما إذا تزوجها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة تصح التسمية ، ويلزمه تسليم عينه لأن ذلك يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً فيلزمه تسليمه كالنقود ؛ ولو تزوجها على كره حنطة مطلقاً ولم يصفه بخير الزوج بين الوسط وبين قيمته . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزمه تسليم الكره ؛ ولو تزوج امرأتين على ألف قسمت الألف على قدر مهر مثليهما رجوعاً إلى الأصل لأنه لما أضاف إليهما فقد أضاف إلى كل واحدة ما تستحقه واستحقاقهما في الأصل مهر المثل كمن دفع إلى ربي دين ألفاً بينهما فأنهما يقتسمانها على قدر دينيهما كذلك هذا ، فإن طلقهما قبل الدخول فنصف الألف بينهما على قدر حقيهما ، فإن لم يصح نكاح إحداهما

وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا ، فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُمْ مِثْلٌ حَالِهَا
فَبِنَ الْأَجَانِبِ ، وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السَّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبَكَارَةِ وَالْبَلَدِ
وَالْعَصْرِ وَالْمَالِ ، فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ كُلُّهُ فَالَّذِي يُوْجَدُ مِنْهُ ؛ وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ
تَمْنَعَ نَفْسَهَا وَأَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا ،

صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ، لِأَنَّ الْمَبْطُلَ اخْتَصَّ بِهَا فَلَا يَتَعَدَّاهَا وَالْأَلْفُ كُلُّهَا لِتِي صَحَّ نِكَاحُهَا .
وَقَالَا : يَقْسَمُ عَلَى مَهْرٍ مِثْلَيْهَا كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَيْهَا كَهَيِّ ، فَمَا أَصَابَ التِّي صَحَّ
نِكَاحُهَا فَهِيَ لَهَا وَيَسْقُطُ الْبَاقِي . وَلَأَنِّي حَنِيفَةٌ أَنْ إِضَافَةُ النِّكَاحِ إِلَى مَنْ لَا يَصِحُّ نِكَاحُهَا لِفَوْرِ
فَصَارَ كَمَا إِذَا ضَمَّ إِلَيْهَا أُسْطَوَانَةُ أَوْ دَابَّةٌ ، وَالْبَدَلُ إِنَّمَا يَنْقَسِمُ بِحَكْمِ الْمَعَاضَةِ وَالْمَسَاوَةِ وَالِدُخُولِ
فِي الْعَقْدِ ، وَلَا مَعَاضَةٌ فِي الْحَرَمَةِ ، وَلَا مَسَاوَةٌ وَلَا دُخُولٌ فِي الْعَقْدِ فَصَارَتْ عَدَمًا ،
وَإِضَافَةُ الشَّيْءِ إِلَى اثْنَيْنِ وَاخْتِصَاصُهُ بِأَحَدِهِمَا جَائِزٌ ، قَالَ تَعَالَى - يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ
أَلَمْ يَأْتِكُمْ رِسَالٌ مِنْكُمْ - أَضَافَ الرِّسَالَ إِلَيْهَا ، وَالرِّسَالُ مَخْتَصَةٌ بِالْإِنْسِ دُونَ الْجِنِّ ، فَإِنْ
دَخَلَ بِالتِّي لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ وَطْءٌ حَرَامٌ
سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لَشَبَهَةِ الْعَقْدِ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَعِنْدَهُمَا الْأَقْلُ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ وَمَا يَخْصُهَا .
قَالَ (وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا) كَأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ عَمِّهَا دُونَ أُمِّهَا وَخَالَتِهَا
إِلَّا أَنْ يَكُونَا مِنْ قَبِيلَةِ أَبِيهَا ، هَكَذَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي بَرُوعٍ حِينَ
تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ مَهْرٍ ، فَقَالَ : لَهَا مَهْرٌ مِثْلُ نِسَائِهَا وَنِسَاوُهَا أَقْرَابِ الْأَبِ ، وَلِأَنَّ قِيَمَةَ الشَّيْءِ
تَعْرِفُ بِقِيَمَةِ جِنْسِهِ ، وَجِنْسُهُ قَوْمُ أَبِيهِ (فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُمْ مِثْلٌ حَالِهَا فَبِنَ الْأَجَانِبِ) تَحْصِيلًا
لِلْمَقْصُودِ بِقَدْرِ الْوَسْعِ . قَالَ (وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السَّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبَكَارَةِ وَالْبَلَدِ
وَالْعَصْرِ وَالْمَالِ) فَإِنَّ الْمَهْرَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ هَذِهِ الْأَوْصَافِ لِأَنَّ الرِّغَابَاتِ تَخْتَلِفُ بِهَا (فَإِنْ
لَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ كُلُّهُ فَالَّذِي يُوْجَدُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ اجْتِمَاعُ هَذِهِ الْأَوْصَافِ فِي امْرَأَتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ
بِالْمَوْجُودِ مِنْهَا لِأَنَّهَا مِثْلُهَا . وَعَنْ بَعْضِ الْمَشَايِخِ أَنَّ الْجَمَالَ لَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَتْ ذَاتُ حَسَبٍ
وَشَرَفٍ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي الْأَوْسَطِ لِأَنَّ الرِّغْبَةَ حِينَئِذٍ فِي الْجَمَالِ . قَالَ (وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا
وَأَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا) لِأَنَّ حَقَّهَا قَدْ تَعَيَّنَ فِي الْمَبْدَلِ فَوَجِبَ أَنْ يَتَعَيَّنَ حَقُّهَا
فِي الْمَبْدَلِ تَسْوِيَةً بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ كُلُّهُ مُوْجِلًا أَيْسَ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِتَأْخِيرِ حَقِّهَا ؛
وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّهَا سَلِمَتْ إِلَيْهِ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ بَعْدَهُ كَالْبَائِعِ إِذَا سَلَّمَ الْمُبِيعَ
لَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَهِيَ أَنَّ الْمَهْرَ مُقَابِلُ بِجَمِيعِ الْوَطْأَتِ لثَلَاثَةِ يَوْمٍ عَنِ الْعَوَضِ
إِظْهَارًا لِحُطْرِ الْبُضْعِ إِلَّا أَنَّهُ تَأْكَدُ بِوُطْءِ الْأُولَى لِحَالَةِ مَا وَرَاءَهَا ، وَالمَجْهُولُ لَا يَزَاحِمُ الْمَعْلُومَ
إِذَا وَجَدَ بَعْدَهُ وَطْءٌ آخَرَ صَارَ مَعْلُومًا فَتَحَقَّقَتْ الْمَزَاحِمَةُ فَصَارَ الْمَهْرُ مُقَابِلًا بِالْكَلِّ ،

فلذا أوفاهما مهرها ونقلها إلى حيث شاء ، وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى .

فصل

ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا باذن المولى ، ويملك إجبارهم على النكاح ؛ وإذا تزوج العبد باذن

ونظيره العبد الجاني إذا جنى جنابة يدفع بها ، فإن لم يدفع حتى جنى أخرى وأخرى دفع بالكل . قال (فإذا أوفاهما مهرها ونقلها إلى حيث شاء) لقوله تعالى - أسكنوهن - من حيث سكنتم - (وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى) لفساد أهل الزمان ، والغريب يؤذى ، وقيل يسافر بها إلى قرى المصر القريبة لأنها ليست بغربة ، وإذا ضمن المولى المهر صح ضمانه كغيره من الديون ، وللمرأة أن تطالب أيهما شئت كسائر الكفالات ، وحكمها في الرجوع كغيرها من الكفالات ؛ ولو ضمن المهر عن ابنه الصغير صح لما قلنا ، ولا يرجع عليه إذا أدى لأنه صلة عرفا ، فإن مات الأب قبل الأداء فأخذ من تركته رجع بقية الورثة على الابن من حصته لأنهم أدوا عنه ديناً عليه من مال مشترك . وقال زفر : لا يرجعون كما إذا كفل عن ابنه الكبير بغير أمره أو عن أجنبي . قلنا الكفالة هنا بأمر المكفول عنه حكماً لولاية الأب ، فكانت كفالته دليل الأمر من جهته ليرجع ، بخلاف الكبير والأجنبي لأنه لا ولاية له عليهما ، وبخلاف ما إذا أدى حال حياته لأنه متبرع ، فإن العادة جارية بتبرع الآباء بمهر الأبناء .

فصل

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا باذن المولى) وأصله قوله عليه الصلاة والسلام « أيما امرأة تزوجت بغير إذن مولاها فهي عاهرة » وقوله « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولأن النكاح عيب في العبد والمدبر لتعلق النفقة بكسبهما والمهر برقبتهما ، فلا يملك غير المولى ذلك دفعا للضرر عنه ، ولأن منافع البضع للمولى فلا يملكها غيره بغير أمره (ويملك إجبارهم على النكاح) صيانة للملكة وتخصينا له عن الزنا الذي هو سبب هلاكهم أو نقصانهم ، وهذا المعنى يشمل العبد والأمة ؛ وليس للمولى أن يزوج المكاتب والمكاتب بغير رضاها لخروجهما عن يده على ما نبيته في المكاتب ، ولا يجوز نكاحهما إلا باذن المولى للرق الثابت فيهما بالحديث ، ويملك المكاتب تزويج أمته لأنه من الاكتساب ، ولا يملك تزويج العبد لأنه خسران لا اكتساب ، ولو زوج أمته من عبده بغير مهر جاز ولا مهر لها ، وقيل يجب حقاً للشرع ثم يسقط . قال (وإذا تزوج العبد باذن

مَوْلَاهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ وَالْمَدَبَرُ يَسْعَى ، وَإِذَا أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ
أَوْ الْمَكْتَابَةُ وَلَهَا زَوْجٌ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ فَلَهَا الْخِيَارُ وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ
أَنْ يَبُوتَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ لَكِنَّمَا تَخْدُمُ الْمَوْلَى ، وَيُقَالُ لَهُ : مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا
وَطَشْتَهَا ؛ وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ بَغِيرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَقَالَ لَهُ الْمَوْلَى طَلَّقْهَا فَلَيْسَ
بِاجَازَةٍ ، وَلَوْ قَالَ طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً فَهُوَ إِجَازَةٌ ؛

مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لأنه دين وجب في رقبته بفعله وقد ظهر في حق المولى
حيث وقع بإذنه فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن المرأة ، كما في ديون المأذون للتجارة
(والمدبر يسعى) لأنه لا يجوز بيعه فيؤدي من كسبه وكذلك ولد أم الولد من غير سيدها .
قال (وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبه ولها زوج حرّ أو عبد فلها الخيار) لقوله عليه الصلاة
والسلام لبريرة حين أعتقت « ملكت بضعتك فاخترى » جعل العلة المثبتة للخيار معنى فيها
وهو ملك البضع فيرتب عليه ، ويستوى فيه الحرّ والعبد لعموم العلة ، على أنه روى أن
زوجها كان حرّاً ، وهي راجحة على رواية أنه كان عبداً لأن الأصل الحرية ، ولأنه ازداد
الملك عليها في الفصلين فيثبت لها الخيار فيهما دفعا للضرر عنها . قال (ومن زوّج أمته فليس
عليه أن يبوتها بيت الزوج لكنها تخدم المولى ، ويقال له متى ظفرت بها وطشتها) لأن حق
المولى في الخدمة باق والتبوتة بإبطال له فلا يلزمه ذلك ؛ ولو شرط في العقد أن لا يستخدمها
بطل الشرط ، فان بوأها بيتا معه فله أن يستخدمها وتبطل التبوتة ، لأن الموجب للخدمة
الملك وهو باق فلا تبطله التبوتة . قال (وإن تزوّج عبد بغير إذن مولاه فقال له المولى
طلّقها فليس باجازه) لأنه يحتمل الرد وهو الظاهر هنا حيث تزوّج بغير أمره وافتات
عليه ، وردّ هذا العقد يسمى طلاقاً فيحمل عليه ، وكذا لو قال فارقتها وبل أولى (ولو قال
طلّقها تطليقة رجعية فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعي إنما يكون في النكاح الصحيح النافذ ؛
ولو أذن العبد في النكاح ينظم الصحيح والفاسد ، وقالا : هو على الصحيح خاصة ، لأن
المراد من النكاح الإغفاف وذلك بالدوام عليه ، وأنه في الصحيح دون الفاسد ، ولأن الاسم
عند الإطلاق يقع على الصحيح كما في اليمين . ولأبي حنيفة أن اللفظ يجري على إطلاقه
كما مرّ في البيع ، ولئن قال البيع الفاسد يفيد بعض التصرفات كالعتق والملك وغيره .
قلنا والنكاح الفاسد أيضا يفيد بعض التصرفات كالنسب والعدة والمهر ، ومستلة اليمين
ممنوعة ، ولئن سلمت فالإيمان مبناها على العرف ، وثمرة الاختلاف أنه لو تزوّج امرأة
نكاحا فاسدا انتهى الأمر عنده فليس له أن يتزوّج أخرى . وعندهما له أن يتزوّج غيرها
نكاحا صحيحا ، لأن الأوّل لم يدخل تحت الأمر فيبقى الأمر ، وليس له أن يتزوّج إلا امرأة

وَالْإِذْنَ فِي الْعَزْلِ لِمَوْلَى الْأُمَةِ (سم) ؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ أُمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى ثُمَّ أَعْتَقَا نَفَذَ النِّكَاحُ وَلَا خِيَارَ لِلْأُمَةِ .

فصل

تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا أَوْ عَلَى مِيتَةٍ ، وَذَلِكَ عِنْدَهُمْ جَائِزٌ جَائِزٌ وَلَا مَهْرَ لَهَا (سم) ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ (سم) كَافِرٍ آخَرَ جَازَ إِنْ دَانُوهُ ، وَلَوْ أَسْلَمَا أَقْرَأَ عَلَيْهِ ،

واحدة لأن الأمر لا يقتضي التكرار إلا أن يقول له تزوج ما شئت فيجوز له أن يتزوج ثنتين . قال (والإذن في العزل لمولى الأمة) وقالوا : إليها لأن الوطء حقها والعزل تنقيص له فيشترط رضاها . ولأبي حنيفة أن العزل يخلّ بحق المولى وهو حصول الولد الذي هو ملكه فيشترط رضاه ، بخلاف الحرّة لأن الولد والوطء حقها . قال (وإذا تزوج عبد أو أمة بغير إذن المولى ثم أعتقا نفذ النكاح) لأنهما من أهل العبارة والتوقف لحق المولى وقد زال (ولا خيار للأمة) لأنه إنما نفذ بعد العتق فصار كأنها تزوجت بعد العتق ، ولو تزوجت ودخل بها الزوج ثم أعتقها المولى جاز النكاح لما بينا والمهر للمولى لأنه استوفى منفعة مملوكة للمولى ، والقياس أن يجب مهر آخر ، إلا أنا استحسنا وقلنا يجب مهر واحد ، لأن الجواز استند إلى أصل العقد ، ولو أعتقها ثم دخل بها فالمهر لها لأنه استوفى منفعة مملوكة لها .

فصل

(تزوج ذمّي ذمّيّة على أن لا مهر لها أو على ميتة ، وذلك عندهم جائز جاز ولا مهر لها) وقالوا : لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها ، وإن طلقها قبل الدخول فلها المنفعة لأنهم التزموا أحكامنا في المعاملات فصار كالربا ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وما التزموا أحكامنا فيما يعتقدون خلافه ، وعقد الذمة منع إلزامهم بالسيف ، والحجة بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقدهم ، قال عليه الصلاة والسلام « إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » وكذلك الزنا فانه محرّم في جميع الأديان (وإن تزوّجها بغير شهود أو في عدة كافر آخر جاز إن دانوه ، ولو أسلما أقرأ عليه) وقالوا : إذا تزوّجها في العدة فهو فاسد ، فإن أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا فرّق بينهما ، لأن نكاح المعتدة حرام بالإجماع ، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ، وهم التزموا أحكامنا ولم يلتزموها بجميع الاختلافات . واه أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا تثبت الحرمة حقا للشرع ولا للمطلق لأنه لا يعتقدها ،

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِتَزِيرٍ ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَهَا ذَلِكَ (سم) إِنْ كَانَ عَيْنَيْنِ ، وَإِلَّا فَقِيْمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْخِتَزِيرِ ، وَإِذَا أَسْلَمَ الْمَجُوسِيُّ فُرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحَارِمِهِ ؛ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُرْتَدَةِ وَالْمُرْتَدَةِ ، وَالْوَلَدُ يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا ، وَالْكِتَابِيُّ خَيْرٌ مِنَ الْمَجُوسِيِّ ؛

بخلاف العدة من المسلم لأنه يعتقد ، وحالة المرافعة أو الإسلام حالة البقاء ، والعدة لاتنافيها كالوطوءة بشبهة ، وكذا الشهادة ليست شرطا حالة البقاء قال (ولو تزوجها على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما فلها ذلك إِنْ كَانَ عَيْنَيْنِ ، وَإِلَّا فَقِيْمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْخِتَزِيرِ) وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الحالين . وقال محمد : القيمة فيهما . لهما أن الملك يتأكد بالقبض فأشبه العقد ، والإسلام مانع منه فصارا كما إذا كانا دينين . وإذا امتنع القبض قال أبو يوسف : لو كانا مسلمين عند العقد يجب مهر المثل ، فكذا عند القبض . وقال محمد : صحت التسمية وعجز عن التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما إذا كان عبدا فهلك قبل القبض . ولأبي حنيفة أن الملك تم بنفس العقد في المعين حتى جاز لها التصرف فيه ، وبالقبض ينتقل إلى ضمانها من ضمانه ، والإسلام غير مانع من ذلك كاسترداد الخمر المغصوب ، وخمر المكاتب الذي إذا عجز ، والمأذون إذا حجر عليه ؛ وفي غير المعين إنما يملكه بالقبض ، والإسلام مانع منه ؛ وإذا امتنع القبض فالخمر من ذوات الأمثال والخنزير من ذوات القيم ، فتكون القيمة مقامه فلا يجب ، فتعين مهر المثل وتجب القيمة في الخمر لأنها تقوم مقامها . قال (وإذا أسلم المجوسى فرّق بينه وبين من تزوّج من محارمه) أما عندهما فظاهر ، وأما عند أبي حنيفة فلا أن الحرمة إذا طرأت على النكاح الصحيح تبطله ، ولأنها تنافى بقاء النكاح ولا كذلك العدة على ما بينا ، ويفرق بينهما بإسلام أحدهما بالإجماع ، ولا يفرق بمرافعة أحدهما عند أبي حنيفة خلافا لهما لقوله تعالى - فإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ - ولأن مرافعة أحدهما لا يبطل حق صاحبه لأنه لا يعتقد ، بخلاف ما إذا اتفقا حيث يفرق بينهم لما تلونا ، ولأنهما رضا بحكمنا فيلزمهما . قال (ولا يجوز نكاح المرتدة والمرتدة) بإجماع الصحابة ، ولأنه لافائدة فيه لأن المقصود من شرع النكاح مصالحه ، ولا توجد لأن المرتدة يقتل المرتدة تحبس ، أو نقول لاملة لهما لأنهما خرجا عن الإسلام ، ولا يقرآن على ما انتقلا إليه ، ويجوز نكاح النصراني المجوسية واليهودية ، واليهودية النصرانية والمجوسية واليهودية والنصرانية ، لأن الكفر كله ملة واحدة ، كذا روى عن عمر رضى الله عنه ، ولا كفاءة بين أهل الكفر . قال (والولد يتبع خير الأبوين دينا) نظرا له حتى لو كان أحدهما مسلما كان مسلما ، ولو أسلم أحدهما ولهما ولد صغير صار مسلما (والكتابي خير من المجوسى) حتى يجوز أكل ذبيحة الكتابي

وإذا أسلمت امرأة الكافر عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم فهي امرأته ،
وإلا فرق بينهما ، وتكون الفرقة طلاقا (س) ؛ وإن أسلم زوج المجوسية
فإن أسلمت وإلا فرق بينهما بغير طلاق ؛ وإن كان الإسلام في دار الحرب
تتوقف البيئونة في المسئلتين على ثلاث حيض قبل إسلام الآخر ،
وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البيئونة بينهما ، وكذا إن
سبي أحدهما ، ولو سبيا معا لم تقع ؛

ومناكحته دون المجوسى . قال (وإذا أسلمت امرأة الكافر عرض عليه الإسلام) تحصيلها
لمصالح النكاح بالإسلام ، لأنها قد فانت بإسلامها (فإن أسلم فهي امرأته) كما إذا أسلما معا
(وإلا فرق بينهما) لأن الإسلام لا يصلح أن يكون سببا للفرقة لما أنه طاعة وعبادة ،
فيجعل إياؤه سببا لفوات مصالح النكاح عقوبة (وتكون الفرقة طلاقا) وقال أبو يوسف :
لا تكون طلاقا لأنه سبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا ، كما إذا ملكها أو ملكته .
ولهما أن الزوج ترك الإمساك بالمعروف مع القدرة عليه فينوب عنه القاضى فى التسريح
بالإحسان فيكون قوله كقول الزوج فيكون طلاقا كما فى الحب والعنة . قال (وإن أسلم
زوج المجوسية ، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما بغير طلاق) والفرق أن المرأة ليست من أهل
الطلاق فلا ينتقل قول القاضى إليها ، ثم إن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفرقة
جاءت من قبلها ، وإن كان قد دخل بها فلها المهر لأنه تأكد بالدخول (وإن كان الإسلام
فى دار الحرب تتوقف البيئونة فى المسئلتين على ثلاث حيض قبل إسلام الآخر) لأنه لا بد
من الفرقة بينهما ، ولا قدرة على العرض فى دار الحرب فجعلنا ثلاث حيض وهو شرط
الفرقة مقام السبب وهو العرض كحافر البئر وغيره ، ثم إذا بانث بثلاث حيض ذكر
فى السير الكبير أنه طلاق عندهما . وروى أنه فرقة بغير طلاق كأبى يوسف ؛ ولو أسلم
الآخر قبل مضى ثلاث حيض لم تبين منه ؛ وإن أسلم زوج الكتابية فلا عرض ولا فرقة
لأنه يجوز له نكاحها ابتداء ، فلأن يبقى أولى ؛ ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان
عرض الإسلام على الآخر ، لأن الصبي يخاطب بالإسلام حقا للعباد حتى إنه يؤاخذ بحقوق
العباد ، فإن أبى فرق بينهما استحسانا لإفاء لحق صاحبه ودفعاً للضرر عنه . قال (وإذا
خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البيئونة بينهما ، وكذا إن سبي أحدهما ، ولو سبيا
معا لم تقع) فسبب البيئونة هو التباين دون السبي ، لأن مصالح النكاح لا تحصل مع التباين
حقيقة وحكما ، لأن مصالحه إنما تحصل بالاجتماع ، والتباين مانع منه . أما السبي فإنه
يقتضى ملك الرقة وذلك لا ينافى النكاح ابتداء فكذا بقاء . وأما المستأمن فقصده الرجوع

وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً لَاعِدَّةَ (سَم) عَلَيْهَا ؛ وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ (م) ؛ ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُرْتَدُّ الزَّوْجَةَ بَعْدَ الدَّخُولِ فَلَهَا الْمَهْرُ وَقَبْلَهُ لَأَشْيَاءُ لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَالْكُلُّ بَعْدَهُ وَالنِّصْفُ قَبْلَهُ ؛ وَإِنْ ارْتَدَّ مَعًا ثُمَّ أَسْلَمَا مَعًا فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا .

فلم يوجد تباين الدارين حكما قال (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة لاعدة عليها) وقالوا : عليها العدة لأنها من أحكام الإسلام والفرقة حصلت في دار الإسلام . وله قوله تعالى - ولا تمسكوا بعصم الكوافر - نزلت في هذه القضية نقلا عن بعض المفسرين ، ولأنها وجبت إظهارا لخطر النكاح ، ولا خطر لنكاح الحربى ، ولهذا قلنا لاعدة على المسبية . قال (وإذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق) وقال محمد : إن كان المرتد الزوج فهي طلاق لما مر في الإباء ، وأبويوسف مر على أصله أيضا . والفرق لأبي حنيفة أن الردة تنافى المحلية كالمحرمة والطلاق رافع فتعذر أن تكون الفرقة طلاقا ، ولهذا لا يحتاج في الفرقة هنا إلى القضاء ، أما الإباء لاينافى المحلية والنكاح ، ولهذا تتوقف الفرقة على القضاء ، وإنما بالإباء امتنع عن التسريح بالإحسان فناب القاضى منابه على ما بينا (ثم إن كان المرتد الزوجة بعد الدخول فلها المهر وقبلة لأشياء لها ولا نفقة) وقد مر (وإن كان الزوج فالكل بعده والنصف قبله) وذكر في الفتاوى لو ارتدت المرأة قيل لايفسد النكاح زجرا لها ، والصحيح أنه يفسد وتجبر على تجديد النكاح زجرا لها أيضا (وإن ارتدّا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما) لأن بنى حنيفة ارتدّوا في زمن أبى بكر رضى الله عنه ثم أسلموا ، فأقرهم على أنكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة ، وذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير من أحدهم فكان إجماعا ، فإن أسلم أحدهما بعد الردة فسد النكاح كما في الابتداء ، ولوقبلها ابن زوجها أووطئها حرمت على أبيه لما تقدّم وسقط مهرها إذا كان قبل الدخول إن كانت مطاوعة لأن الفرقة جاءت من قبلها ؛ فقد امتنعت عن تسليم المبدل فتمنع البدل كما في البيع ، وإن كانت مكرهة لايسقط ؛ وفي الصغيرة لايسقط في الوجهين جميعا وإن كان يجامع مثلها ، لأنه لااعتبار بفعلها حتى لايتعل به شيء من الأحكام فلا يجب عليها حد ولا تعزير ولا غسل ولا مأثم لعدم الخطاب فكذا هذا ؛ وإن ارتدت الصغيرة سقط مهرها لأنه إذا حكم بردتها بطلت محلبة النكاح فصارت كالكبيرة ، إذ الكلام في التى تعقل الإسلام والردّة على ما يأتيك .

وَإِذَا كَانَ بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلْآخَرِ (م) إِلَّا فِي الْجَبِّ وَالْعَنَةِ وَالْخِصْيِ .

فصل

(وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر إلا في الجبّ والعنة والخصي)
أما عيوب المرأة فيجتمع أصحابنا ، لأن المستحق هو التمكين وإنه موجود ، والاستيفاء من الثرات واختلاله بالعيوب لا يوجب الفسخ ، لأن الفوات بالموت لا يوجب هذا أولى . وأما عيوب الرجل وهي الجنون والجذام والبرص فكذاك . وقال محمد : لها الخيار لأنه لا ينظم بينهما المصالح فيثبت لها الخيار دفعا للضرر عنها بخلاف الزوج لأنه يقدر على دفعه بالطلاق وصار كالجبّ والعنة . ولهما أن الخيار يبطل حق الزوج فلا يثبت ، وإنما ثبت في الجبّ والعنة لإخلالهما بالمقصود من النكاح ، والعيوب لا تخل به . والعين الذي لا يصل إلى النساء ، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار ، أو يصل إلى غير زوجته ولا يصل إليها ، وتكون العنة لمرض أو ضعف أو كبر سن ، أو من أخذ بسحر ؛ فإذا كان الزوج عينا وخاصته المرأة في ذلك أجله القاضى سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إن طلبت المرأة ذلك ، لأن لها حقا في الوطء فلها المطالبة به ، ويجوز أن يكون ذلك لمرض ، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فجعلت السنة معرفة لذلك لاشتمالها على الفصول الأربعة ؛ فإن كان المرض من برودة أزاله حرّ الصيف ، وإن كان من رطوبة أزاله يبس الخريف ، وإن كان من حرارة أزاله برد الشتاء ، وإن كان من يبس أزاله رطوبة الربيع على ما عليه العادة ، وروى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ، فإذا مضت السنة ولم يصل إليها علم أنه لآفة أصلية فتخير ، فإن اختارت نفسها قال أبو يوسف ومحمد : بانت ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة لا تبين إلا بتفريق القاضى ، وهو المشهور من مذهبه . لهما أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعا للضرر عنها فلا يحتاج إلى تفريق القاضى كما إذا خيرها الزوج . وله أن النكاح عقد لازم وملك الزوج فيه معصوم فلا يزول إلا بأذنه دفعا للضرر عنه ، لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان وقد عجز عن الأول بالعنة ولا يمكن القاضى النيابة فيه فوجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع عنه ناب القاضى منابه ، لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضى ، فإذا فرق يصير كأنه طلقها بنفسه فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها ، ويشترط طلبها لأن الفرقة حقها ؛ والمراد السنة القمرية لأنها المراد عند الإطلاق . وروى ابن سماعة عن محمد أنها سنة شمسية وتعتبر بالأيام ، وتزيد على القمرية أحد عشر يوما ، ويحسب منها أيام الحيض وشهر رمضان ، لأن السنة لا تتخلو

فصل

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَ نَسَائِهِ فِي الْبَيْتُوتَةِ ، وَالْبَكْرِ وَالثِيْبِ وَالْجَدِيدَةِ
وَالْعَتِيقَةِ وَالْمُسْلِمَةِ وَالْكِتَابِيَّةِ سَوَاءً ،

عن ذلك ، ويحسب مرضه ومرضها إن كان نصف شهر ، وإن كان أكثر عوّضه عنه .
وعن أبي يوسف إن حجت أو هربت أو غابت لم تحتسب تلك المدة من السنة ، وإن حجّ هو
أو هرب أو غاب احتسب عليه من السنة . والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة عند القاضي
فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطان حقها ، ولو خيرها
القاضي فقامت من مجلسها قبل أن تختار فلا خيار لها كالخيرة من زوجها ، فإن طلب العنين
أن يؤجله القاضي سنة أخرى لم يؤجله إلا برضاها ، فإن رضيت جاز ولها أن ترجع وتختار
قبل مضي السنة الأخرى ، فإذا فرق القاضي بينهما ثم تزوّجها فلا خيار لها لأنها رضيت
بالعنة ؛ ولو اختلفا في الوصول إليها ، فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه منكّر حقّ
التفريق ، ولأن الأصل السلامة والعيب عارض ، فإن حلف بطل حقها ، وإن نكل أجل
سنة كسائر الحقوق ، وإن كانت بكرا نظرها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة ، وإن
قلن هي ثيب حلف على الوجه الذي بينا . والمحجوب وهو الذي قطع ذكره أصلا فانه يفرق
بينهما للحال لأنه لافائدة في التأجيل ، والخصي كالعين لأن له آلة تنتصب ويجامع بها
غير أنه لايجل ، وهو الذي سلت أنثياه ، وإذا أجل سنة وادّعى الوصول إليها وأنكرت
فالحكم كما إذا اختلفا قبل التأجيل ، وإذا كان زوج الأمة عينا فالخيار للمولى كالغزل عند
أبي حنيفة ؛ وإذا كانت المرأة رتقاء فلا ولاية لها في الطلب ، إذ لاحقها في الوطء ،
ولو وطئها الزوج مرة واحدة ثم عنّ أو جبّ فلا طلب لها ولا خيار .

فصل

(وعلى الرجل أن يعدل بين نسائه في البيتوتة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان له
امرأتان فمال إلى إحداها جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل » (والبكر والثيب والجديدة
والعتيقة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق ما رويناه ، ولأن ذلك من حقوق النكاح ولا
تفاوت بينهنّ فيها ، ولا يجب عليه التساوى بينهنّ في الوطء والحبة . أما الوطء فلائنه يبنى
على النشاط ؛ وأما الحبة فلائنها فعل القلب . وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل
بين نسائه ويقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا توأخذني فيما لا أملك » يعني زيادة الحبة
لبعضهنّ . ثم إن شاء جعل الدور بينهنّ يوما أو يومين أو أكثر ، وله الخيار في ذلك

وَالْحَرَّةُ ضِعْفُ الْأَمَةِ ؛ وَمَنْ وَهَبَتْ نَصِيْبَهَا لِصَاحِبَتِهَا جَازَ وَلَهَا الرُّجُوعُ فِي ذَلِكَ ، وَيُسَافِرُ بِمَنْ شَاءَ ، وَالْقُرْعَةُ أُولَى .

كتاب الرضاع

وَحُكْمُ الرِّضَاعِ يَثْبُتُ بِقَلِيلِهِ (ف) وَكَثِيرِهِ .

لأن المستحقّ عليه التسوية ، وقد وجدت . قال (وللحرّة ضعف الأمة) لما عرف أن المرقّ منصف كما في العدة وغيرها (ومن وهبت نصيبتها لصاحبها جاز) لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسوده بنت زمعة « اعتدي » ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة وأن تحشر مع نسائه يوم القيامة ففعل ؛ ولأنه حقها وقد أبطلته برضاها (ولها الرجوع في ذلك) لأنها وهبت حقاً لم يجب بعد ؛ وإن أقام عند الواحدة أياماً بإذن الأخرى جاز من غير مساواة ، لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام لما مرض استأذن نساءه أن يكون في بيت عائشة فأذن له ، فكان في بيتها حتى قبض عليه الصلاة والسلام . وفيه دليل على أن القسم يجب على الرجل وإن كان مريضاً ، ويؤمر الصائم بالنهار والقائم بالليل أن يبيت معها إذا طلبت . وعن أبي حنيفة يجعل لها يوماً من أربعة أيام ، وليس هذا بواجب لأنه يؤدي إلى فوات النوافل أصلاً على من له أربع من النساء ، ولكن يؤمر بإيفاء حقها من نفسه أحياناً ويصوم ويصلي ما أمكنه ؛ ولو أعطت زوجها مالا أو حطته ليزيد في قسمها لم يجز وترجع بما أعطته ، وكذا لو زادها الزوج في مهرها لتجعل يومها لغيرها ، والوجه فيه ما بينا . قال (ويسافر بمن شاء والقرعة أولى) لأنه لاحق لمن حال السفر حتى كان له أن لا يسافر بواحدة منهنّ أصلاً ويقرّع بينهنّ تطليبا لقلوبهنّ ، وقد ورد ذلك عنه عليه الصلاة والسلام ؛ ومن سافر بها ليس عليه قضاء حقّ الباقيات لأنه كان متبرعاً لاموفيا حقاً ، وإن ظلم بعضهنّ يوعظ ، فإن لم ينته يوجع عقوبة زجراً له عن الظلم .

كتاب الرضاع

وهو واجب لإحياء الولد لقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - أي ليرضعن (وحكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره) لقوله سبحانه - وأمهاთكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - مطلقاً ، وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من غير فصل ، وقال عليه الصلاة والسلام « الرضاع ما ينبت اللحم وينشز العظم » وإنه يعصل بالقليل ، لأن اللبن متى وصل إلى جوف الصبيّ أنبت اللحم وأنشز العظم .

إِذَا وَجِدَ فِي مَدَّتِهِ وَهِيَ ثَلَاثُونَ (سَم) شَهْرًا ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ
مِنَ النَّسَبِ إِلَّا أُخْتُ ابْنِهِ وَأُمُّ أُخْتِهِ ؛ وَإِذَا أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً حَرُمَتْ
عَلَى زَوْجِهَا وَأَبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ،

قال (إذا وجد في مدته وهي ثلاثون شهرا) وقالوا : سنتان لقوله تعالى - والوالدات يرضعن
أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرضاعة - وقال تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون
شهرا - وأدنى مدّة الحمل ستة أشهر فبقى للفصال سنتان . ولأبي حنيفة الآية الثانية ، والتمسك
بها أن الله تعالى ذكر الحمل والفصال وضرب لهما مدة ثلاثين شهرا فتكون مدة لكل واحد
منهما ، كما إذا باعه عبدا وأمة إلى شهر ، فإن الشهر يكون أجلا لكل واحد منهما ،
وكذا لو باعه شيئا وأجره شيئا آخر صفقة واحدة إلى مدة معلومة كانت
المدة أجلا لكل واحد منهما ، فعلم أن الآية تقتضي أن يكون الثلاثون شهرا أجلا
لكل واحد من الحمل والفصال : خرج الحمل عن ذلك فبقى الفصال على مقتضاه ، والآية
الأولى محمولة على مدة الاستحقاق حتى لا يكون للأم المبتوتة المطالبة بأجرة الرضاع بعد
الحولين فعملنا بالآية الأولى في نفي الوجوب الأجرة بعد الحولين ، وبالثانية في الحرمة إلى
ثلاثين شهرا أخذنا بالاحتياط فيهما . أو نقول : المراد الحمل على الأكف في الحجر حالة
الإرضاع ، لأن مدة الحمل غير مقدرة بثلاثين شهرا بالإجماع ، فإذا انقضت مدته لا اعتبار
بالرضاع بعده ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » والمراد حكمه وهل
يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فيه خلاف ، والحرّم من الإرضاع ما وقع في المدة ، سواء فطم
أو لم يطم . وقال الخصاف وهو رواية عن أبي حنيفة : إن استغنى بالفطام عن اللبن ثم
رضع في المدة لا تثبت الحرمة ، وإن لم يستغن تثبت . قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب) لما روينا (إلا أخت ابنه وأمّ أخته) فإنها تحرم من النسب دون الرضاع ،
لأن في النسب لما وطئ أم ابنه فقد حرمت عليه بناتها . وأمّ أخته موطوءة أبيه ولم يوجد
ذلك في الرضاع . قال (وإذا أرضعت المرأة صبية حرمت على زوجها وأبائه وأبنائه)
فتكون المرضعة أم الرضيع وأولادها إخوته وأخواته من تقدم ومن تأخر : فلا يجوز أن
يتزوج شيئا من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا وآباؤها أجداده وأمهاتها جداته من قبل
الأم وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته . ويكون زوجها الذي نزل منه اللبن أب المرضعة
وأولاده لإخوتها وآباؤه وأمهاته أجدادها وجداتها من قبل الأب وإخوته وأخواته أعمامها
وعماتها لا تحلّ مناكحة أحد منهنّ كما في النسب . قال عليه الصلاة والسلام لعائشة « ليلج
عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة » ولو ولدت من رجل وأرضعت ثم ببس اللبن ثم در
أرضعت به صبيا يجوز لذلك الصبي أن يتزوج بنت الزوج من غيرها . وكذا لو لم تلد

وَإِذَا رَضَعَ صَبِيَّانِ مِنْ ثَدْيِ امْرَأَةٍ فَهُمَا أَخَوَانِ ، وَإِنْ اجْتَمَعَا عَلَى لَبَنِ شَاةٍ فَلَا رَضَاعَ بَيْنَهُمَا . وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ كَالْمَاءِ وَالْدُهْنِ وَالنَّبِيذِ وَالْذَوَاءِ وَلَبَنِ الْبَهَائِمِ فَالْحُكْمُ لِلْغَالِبِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اخْتَلَطَ بِجِنْسِهِ بِأَنْ اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ (م ز) ، وَإِنْ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ فَلَا حُكْمَ لَهُ ، وَإِنْ غَلَبَ (س) ،

منه قط فنزل لها لبن ، وكذا لبن البكر إذا لم تزوج إذا أرضعت به صبياً حرم عليها لاغير ، ولو أرضعت صبية. لا تحرم على ولد زوجها من غيرها ؛ ولا يحل للرضيع أن يزوج امرأة وطئها زوج المرضعة لأنها منكوجة الأب ، ولا للزوج أن يزوج امرأة وطئها الرضيع لأنها موطوءة الابن كما في النسب . قال (وإذا رضع صبيان من ثدي امرأة فهما أخوان) لأن أمهما واحدة ، فلو كانا بنتين لا يجوز لأحد الجمع بينهما ؛ وكذا لو كان لرجل زوجتان ولدتا منه ثم أرضعت كل واحدة صغيرة صار الرضيعان أخوين من أب (وإن اجتمعوا على لبن شاة فلا رضاع بينهما) لأنه لم تثبت الحرمة بينه وبين الأم لتنتقل إلى الأخ إذ هي الأصل لأن الحرمة تثبت في الأم ثم تتعدى . رجل طلق امرأته ولها لبن فزوجت آخر وحبلت ونزل لها لبن فهو الأول ما لم تلد . وقال أبو يوسف : هو منهما إلا أن يعرف أنه من الثاني وإنه يعرف بالغلظ والرقعة . وقال محمد : هو منهما ما لم تضع فاذا وضعت فمن الثاني لأنه من الأول بيقين ، واحتمل كونه من الثاني فيجعل منهما احتياطاً للمحرّمات ، وكذلك يقول أبو يوسف إلا إذا عرفنا أنه من الثاني فيجعل منه . وأبو حنيفة يقول : هو من الأول بيقين ، ووقع الشك في كونه من الثاني ، والشك لا يعارض اليقين ، فإذا ولدت يقينا أنه من الثاني ، ولا اعتبار بالغلظ والرقعة ، لأن ذلك يتغير بتغير الأحوال والأغذية . قال (وإذا اختلط اللبن بخلاف جنسه كالماء والدهن والنبيذ والدواء ولبن البهائم فالحكم للغالب) فإن غلب اللبن تثبت الحرمة ، وإلا فلا (وكذلك إن اختلط بجنسه بأن اختلط لبن امرأتين) وقال محمد وزفر : تثبت الحرمة بهما لأن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه بل يتقوى به ، وكل واحد منهما سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم . ولنا أن منفعة المغلوب لا تظهر في مقابلة الغالب ، فإن قليل الماء إذا وقع في البحر لا يبق لأجزائه منفعة لكثرة التفرق ، وإذا فانت المنفعة بسبب الغلبة بقي حكم الرضاع للكثير (وإن اختلط بالطعام فلا حكم له وإن غلب) وقالوا : إن غلب تعلق به التحريم ، والخلاف في غير المطبوع . أما المطبوع لا تثبت به الحرمة بالإجماع . لهما أن حكم المغلوب لا يظهر في مقابلة الغالب فصار الحكم للبن وله أن الطعام يسلب قوة اللبن ، ولا يكتفى بالصبي بشربه ، والتغذي يحصل بالطعام إذ هو الأصل فكان اللبن تبعاً ، بخلاف الدواء لأنه يقوى اللبن ويزيد في قوته .

وَتَتَعَلَّقُ الْحُرْمَةُ بِبَلَنِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وَكَذَلِكَ تَتَعَلَّقُ بِبَلَنِ الْبَكْرِ ، وَلَا تَتَعَلَّقُ بِبَلَنِ الرَّجُلِ وَلَا بِالْإِحْتِقَانِ . وَتَتَعَلَّقُ بِالْإِسْتِعَاطِ وَالْإِيْجَارِ ، وَإِذَا أَرْضَعَتْ امْرَأَتُهُ الْكَبِيرَةَ امْرَأَتَهُ الصَّغِيرَةَ حَرَّمَتَا عَلَى الزَّوْجِ ، وَلَا مَهْرَ لِلْكَبِيرَةِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَيَرْجَعُ بِهِ عَلَى الْكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ الْفَسَادَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي التَّعَمُّدِ مَعَ يَمِينِهَا .

(وتعلق الحرمة بلبن المرأة بعد موتها) لأنه سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم ، ومعنى الغذاء لا يزول بالموت وصار كما إذا حلب منها حال حياتها (وكذلك تعلق بلبن البكر) لما بيننا (ولا تعلق بلبن الرجل) لو نزل له لأنه ليس بلبن حقيقة ، لأن اللبن لا يكون إلا ممن يتصور منه الولادة كذا قالوا . قال (ولا بالاحتقان) لأنه لا يصل إلى المعدة فلا يحصل به النشوء والنشور وكذا إذا أقطر في إحليله أو أذنه أو جائفته أو آمة لما قلنا . وعن محمد أن الاحتقان ثبت به الحرمة قياسا على فساد الصوم . والفرق أن المفسد في الصوم التغذي أو التداوى وأنه حاصل بالاحتقان . أما الرضاع إنما يثبت بمعنى النشوء وأنه معدوم في الاحتقان قال (وتعلق بالاستعاط والإيجار) لأنه يصل إلى المعدة فيحصل به النشوء . امرأة أدخلت حلمة ثديها في فم رضيع ، ولا يدرى أدخل اللبن في حلقة أم لا لا يحرم النكاح ، وكذا صبية أرضعها بعض أهل القرية ولا يدرى من هو فزوجه رجل من أهل تلك القرية يجوز ، لأن إباحة النكاح أصل فلا يزول بالشك ؛ ويجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة ، فإن فعلن فليحفظنه أو يكتبنه احتياطا . قال (وإذا أرضعت امرأته الكبيرة امرأته الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنها صارتا أما وبنتا ؛ والرضاع الطارئ على النكاح كالمقارن في التحريم كحرمة المصاهرة لأنه لابقاء للشيء مع المنافي (ولا مهر للكبيرة إن كان قبل الدخول) لأن الفرقة جاءت من قبلها (وللصغيرة نصف المهر) لأن الفرقة ليست من قبلها ، ولا اعتبار باختيارها الإرضاع لأنها مجبولة عليه طبعاً (ويرجع به على الكبيرة إن كانت نعمدت الفساد) لأنها مسببة للفرقة ، لأن إلقاء الثدي في فمها سبب لوصول اللبن إلى جوفها ، والتسبب بشرط فيه التعدى كحافر البئر . وإن لم تعمد الفساد فلا شيء عليها وإن علمت أنها زوجته لما بيننا أنها مسببة ، والتعدى يثبت إذا علمت أنها زوجته وقصدت وقوع الفرقة بينهما ، ولو لم تعلم بالنكاح فلا شيء عليها ، وكذلك إن علمت بالنكاح لكن قصدت بالإرضاع دفع الجوع والهلاك عنها لأنها مأمورة بذلك ، وكذلك لو علمت بالنكاح دون الفساد لا تكون متعدية (والقول قولها في التعمد مع يمينها) لأنها تنكر الضمان . ولو أرضعت زوجة الأب امرأة ابنه تحرم عليه لأنها صارت

كتاب الطلاق

وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحْسَنُ ، وَحَسَنٌ ، وَبِدْعِيٌّ . فَأَحْسَنُهُ أَنْ يُطْلَقَهَا وَاحِدَةً فِي طَهْرٍ لَا جَمَاعَ فِيهِ ، وَيَتْرُكُهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا .

أخته من الأب . تزوج صغيرتين فأرضعتهما معا أو متعاقبا حرمتا عليه ، وعليه لكل واحدة نصف المهر لأنها مجبورة على الإرضاع بحكم الطبع ، ويرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد على الوجه الذى بينا ؛ وإن كنّ ثلاثا فأرضعتهن على التعاقب حرمت الأولى ، والثانية دون الثالثة لأنها لما صارت أختا لهما لم يبق الجمع فى النكاح ؛ وإن أرضعتهن معا ، بأن ألفت ثديها فى فم اثنتين وكانت حلبت قبل ذلك فأوجرت الثالثة وافترق وصول اللبن إليهن معا حرمن جميعا ، وعلى هذا تخرج جميع مسائل هذا الجنس ، والله أعلم .

كتاب الطلاق

وهو فى اللغة : إزالة القيد والتخلى ، تقول : أطلقت إبلى وأطلقت أسيرى . وفى الشرع : إزالة النكاح الذى هو قيد معنى ، وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول . أما الكتاب فلقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وقوله - الطلاق مرتان - والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي » وقال عليه الصلاة والسلام « أبغض المباحات إلى الله الطلاق » وعلى وقوعه انعقد الإجماع ، ولأن استباحة البضع ملك الزوج على الخصوص ؛ والمالك الصحيح القول بملك إزالة ملكه كما فى سائر الأملاك ، ولأن مصالح النكاح قد تنقلب مفسد ، والتوافق بين الزوجين قد يصير تنافرا ، فالبقاء على النكاح حينئذ يشتمل على مفسد من التباغض والعداوة والمقت وغير ذلك ، فشرع الطلاق دفعا لهذه المفسد ، ومتى وقع لغیر حاجة فهو مباح مبغوض لأنه قاطع للمصالح ، وإنما أبيحت الواحدة للحاجة وهو الخلاص على ماتقدم ، وفى الحديث « ما خلق الله تعالى مباحا أحبّ إليه من لعناق ، ولا خلق مباحا أبغض إليه من الطلاق » . (وهو على ثلاثة أوجه : أحسن ، و- حسن ، وبدعى . فأحسنه أن يطلقها واحدة فى طهر لإجماع فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما روى عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غيرها حتى تنقضى عدتها . وفى رواية : وكان ذلك أحسن عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا فى ثلاثة أطهار ، ولأنه إذا جامعها لا يؤمن الحبل وهو لا يعلم به ، فإذا ظهر ندم فكان ما ذكرناه أبعد من الندم فكان أولى ، وفى التى لا تحيض لصغر أو كبر يطلقها أى وقت شاء لعدم

وَحَسَنُهُ : أَنْ يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ وَلَا جِمَاعَ فِيهَا وَالشَّهْرُ الْآيِسَةُ
وَالصَّغِيرَةُ وَالْحَامِلُ كَالْحَيِضَةِ ، وَيَجُوزُ طَلَاقُهَا عَقِيبَ الْجِمَاعِ . وَالْبِدْعَةُ أَنْ
يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا أَوْ ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي طَهْرٍ لَارْجَعَةٍ فِيهِ ، أَوْ
يُطْلَقَهَا وَهِيَ حَائِضٌ فَيَقَعُ وَيَكُونُ عَاصِيًا ،

ما ذكرنا ، ولأنه أبيع للحاجة على ما تقدم ، والحاجة تدفع بالواحدة (وحسنه) طلاق
السنة ، وهو (أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار لاجماع فيها) لما روى « أن عبد الله بن عمر
رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فقال عليه الصلاة والسلام : ما هكذا أمر ربك
يا ابن عمر ، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة » وفي رواية
قال لعمر « أخطأ ابنك السنة مره فليراجعها ، فإن طهرت فإن شاء طلقها طاهرا من غير
جماع أو حاملا قد استبان حملها ، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » (والشهر
للآيسة والصغيرة والحامل كالحیضة) لقيامه مقامها في العدة بنص الكتاب (ويجوز
طلاقهن عقيب الجماع) لما تقدم . وأما الحامل فانه زمان الرغبة في الوطء لكونه غير
معلق ، ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر . وقال محمد : لا تطلق للسنة
إلا واحدة ، لأن الشهر إنما قام مقام الحيضة في الصغيرة والآيسة ، والحامل ليست
في معناها لأنها من ذوات الحيض فصارت كالمتد طهرها . ولهما أن الشهر دليل الحاجة
لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الطباع السليمة فصارت في معنى الآيسة ، والإباحة بقدر
الحاجة فصلح الشهر دليلا ، بخلاف الممتد طهرها ، لأن دليل تجدد الرغبة الطهر وهو
مرجوع في حقها دون الحامل فافترقا . وطلاق السنة في العدد والوقت على ما بينا ؛
والسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها والصغيرة والآيسة ، والحامل
والحائض لما بينا أنها شرعت للحاجة والكل فيه سواء ؛ والسنة في الوقت تخص بالمدخول
بها لأن طهرا لاجماع فيه لا يتصور في غير المدخول بها ، ولأن المحذور هو تطويل العدة
لو وقع في الحيض فإنها لا تحتسب من العدة ، ولا عدة على غير المدخول بها (والبدعة أن
يطلقها ثلاثا أو ثنتين بكلمة واحدة ، أو في طهر لارجعة فيه ، أو يطلقها وهي حائض
فيقع ويكون عاصيا) أما الثلاث والثنتين فلما بينا أنه خلاف السنة والمشروعية للحاجة
وهي تندفع بالواحدة . وأما حالة الحيض فلقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر
« قد أخطأ السنة » وأما الوقوع فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها »
وكان طلقها حالة الحيض ، ولولا الوقوع لما راجعها . وكذلك روى أن ابن عمر قال
للنبي عليه الصلاة والسلام « رأيت لو طلقها ثلاثا أكانت تحل لي ؟ قال لا ويكون
معصية » وروى أن بعض أبناء عبادة بن الصامت طلق امرأته ألفا ، فذكر عبادة ذلك للنبي
عليه الصلاة والسلام ، فقال « بانت ثلاث في معصية ، وتسعمائة وسبع وتسعون فيما لا يملك »

وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس ببديعي ، وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يرجعها ، فإذا طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر تطليقة ، وإن نوى وقوعهن الساعة وقعن (ز) ؛ وطلاق الحرّة ثلاث ، والأمة ثنتان ، ولا اعتبار بالرجل في عدد الطلاق ؛

ولقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع » الحديث . وأما كونه عاصيا فلمخالفة السنة وإجماع الصحابة ، وقوله : في طهر لارجعة فيه إشارة إلى مذهب أبي حنيفة ، وهو أنه لو طلقها في طهر لم يجامعها فيه فراجعها ثم طلقها لا يكره فيه ، وهو قول زفر ، وعندهما يكره ؛ وعلى هذا لو طلقها في الحيض ثم راجعها فطهرت فطلقها ؛ وكذا لو مسها بشهوة ثم قال لها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقعن للحال عنده ، لأن الأولى وقعت فصار مراجعا باللمس بشهوة فوقعت أخرى ، ثم صار مراجعا فوقعت الثالثة ؛ والشهر الواحد في حق الآيسة والصغيرة على الخلاف . فالحاصل أن الرجعة فاصلة بين الطلاقين عنده ، والنكاح فاصل بالإجماع . لهما أن بالطلاق في الطهر خرج من أن يكون وقتا لطلاق السنة ، ولهذا لو أوقعه قبل الرجعة يكره . وله أن بالمراجعة ارتفع حكم الطلاق الأول فصار كأن لم يكن ، فإذا ارتفع لا يصير جامعا والكراهة باعتباره ، ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته فصار كما لو أبانها في الطهر ثم تزوجها . قال (وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس ببديعي) لما مر . قال (وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يرجعها) لورود الأمر به في حديث ابن عمر رضي الله عنه على ما تقدم ، ولما فيه من رفع الفعل الحرام برفع أثره (فإذا طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما . قال (وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر تطليقة) لأن معناه لوقت السنة ، ووقتها طهر لإجماع فيه لما مر (وإن نوى وقوعهن الساعة وقعن) خلافا لزفر لأن الجمع بدعة فلا يكون سنة . ولنا أنه سنى وقوعا لا إيقاعا ، لأننا إنما عرفنا وقوع الثلاث جملة بالسنة فكان محتمل كلامه فينظمه عند النية دون الإطلاق . قال (وطلاق الحرّة ثلاث ، والأمة ثنتان ، ولا اعتبار بالرجل في عدد الطلاق) لقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - أي لأطهار عدتهن فتكون الطلاقات على عدد الأطهار ؛ وأطهار الحرّة في العدة ثلاثة والأمة ثنتان ، فيكون التطليق كذلك ، ولأن الحرّ لو ملك على الأمة ثلاثا لملك تفريقهن على أوقات السنة ولا يملك بالإجماع ، وقال عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان ، وعدتها حيضتان » وأما قوله عايه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » فعناه وجود الطلاق أو وقوع الطلاق بالرجال ، كما أن العدة

وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ بَالِغٍ مُسْتَقِظٍ . وَطَلَاقُ الْمَكْرَهَةِ (ف) وَاقِعٌ ؛ وَطَلَاقُ السَّكَرَانِ وَاقِعٌ ؛ وَيَقَعُ طَلَاقُ الْآخَرَسِ بِالْإِشَارَةِ ، وَكَذَلِكَ اللَّاعِبُ بِالطَّلَاقِ وَالْمَازِلُ بِهِ ؛

بالنساء ؛ وأما قوله عليه الصلاة والسلام « لا يطلق العبد أكثر من اثنتين » يعني زوجته الأمة توفيقا بين الأحاديث والدلائل ، أولأن الغالب أن العبد إنما يتزوج الأمة ، فخرج غرض الغالب ، ولأن النكاح نعمة في حقها والرق مؤثر في تنصيف النعم ، فوجب أن يعتبر برقها ، وقضيته طلقة ونصف ، لكن لما لم تنصف الطلقة كملنا . قال (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ مستيقظ) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » وفي رواية « إلا طلاق الصبي والمجنون » ولا يقع طلاق الصبي والمجنون لما رويناهما ولأنهما عديما العقل والتمييز والأهلية بهما ؛ ولو طلق الصبي أو النائم ثم بلغ أو استيقظ وقال أجزت ذلك الطلاق لا يقع ، ولو قال : أوقعته وقع (وطلاق المكره واقع) لما روى « أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة وقالت : لنطلقني ثلاثا أو لأقتلنك فناشدها الله أن لاتفعل فأبت فطلقها ثلاثا ثم ذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال « لا قبول في الطلاق » ولأنه قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالمأزول ، ولأنه معنى تقع به الفرقة فيستوى فيه الإكراه والطوع كالرضاع ، ثم عندنا كل ما صح فيه شرط الخيار ، فالإكراه يؤثر فيه كالبيع والإجارة ونحوهما ؛ وما لا يصح فيه الشرط لا يؤثر فيه كالنكاح والطلاق والعتاق ونحوها . قال (وطلاق السكران واقع) وقال الطحاوي : لا يقع ، وهو اختيار الكرخي اعتبارا بزوال عقله بالبنج والدواء . ولنا أنه مكلف بدليل أنه مخاطب بأداء الفرائض ، ويلزمه حد القذف والقود بالقتل ، وطلاق المكلف واقع كغير السكران ، بخلاف المبتنج لأنه ليس له حكم التكليف ، ولأن السكران بالخمر والنيبذ زال عقله بسبب هو معصية فيجعل باقيا زجرا حتى لو شرب فصدع رأسه وزال عقله بالصداع نقول لا يقع ، والغالب فيمن شرب البنج والدواء التداوى لا المعصية ، ولذلك انتفى التكليف عنهم (ويقع طلاق الآخرس بالإشارة) والمراد إذا كانت إشارته معلومة وقد عرف في موضعه . قال (وكذلك اللاعب بالطلاق والمأزول به) لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جد هن جد وهزلن جد » : الطلاق والنكاح والعتاق وقال عليه الصلاة والسلام « من طلق لاعبا جاز ذلك عليه » وعن أبي الدرداء أنه قال : من لعب بطلاق أو عتاق لزمه ، قال : وفيه نزل - ولا تتخذوا آيات الله هزوا - وكذلك إذا أراد غير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق وقع ، لأنه عدم القصد وهو غير معتبر فيه . وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقني الماء فقال أنت طالق وقع ؛ ويعم هذه الفصول كلها قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع » الحديث

وَمَنْ مَلَكَ امْرَأَتَهُ أَوْ شِقِصًا مِنْهَا أَوْ مَلَكَتَهُ أَوْ شِقِصًا مِنْهُ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا .

وَصَرِيحُ الطَّلَاقِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَهُوَ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا أَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَّقْتُكَ . وَالثَّانِي أَنْتِ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقًا ؛ فَأَوَّلُ تَقَعُ بِهِ طَلَقَةٌ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَا تَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّانِيَيْنِ وَالثَّلَاثِ . وَالثَّانِي تَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَتَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ دُونَ الثَّانِيَيْنِ (ز) ، وَلَوْ نَوَى يَقُولُهُ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، وَيَقُولُهُ طَلَقًا أُخْرَى وَقَعَتَا ،

قال (ومن ملك امرأته أو شقصا منها ، أو ملكته أو شقصا منه وقعت الفرقة بينهما) لأن المالكية تمنع ابتداء النكاح لما سبق في النكاح فتمنعه بقاء كالحرمية والمصاهرة والرضاع .

فصل

(وصريح الطلاق لا يحتاج إلى نية) لأنه موضوع له شرعا فكان حقيقة ، والحقيقة لا تحتاج إلى نية ، ويعقب الرجعة لقوله تعالى - وبعولتهن أحق بردهن - ولو نوى الإيانة فهو رجعي لأنه نوى ضد ما وضع له شرعا (وهو نوعان : أحدهما أنت طالق . وطلقة وطلقتك . والثاني أنت الطلاق ، وأنت طالق الطلاق ، وأنت طالق طلاقا . فأوّل تقع به طلاق واحدة رجعية ولا تصح فيه نية الثنتين والثلاث) لأنه نعت فرد يقال للواحدة طالق وللثنتين طالقان وللثلاث طوالت ، ونعت الفرد لا يحتمل العدد لأنه ضده ؛ ولئن قال قائل : ذكر الطالق ذكر للطلاق حتى صحّ ذكر العدد تفسيراً له وأنه دليل المصدرية والمصدر يحتمل الثلاث . قلنا هو ذكر لطلاق تتصف به المرأة ، والعدد المذكور بعده نعت لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا كقولهم ضربته وجيعا وأعطيته جزيلا . (و) النوع (الثاني) تقع به واحدة رجعية ، وتصح فيه نية الثلاث دون الثنتين (لأنه ذكر المصدر وهو يحتمل العموم لأنه اسم جنس ويحتمل الأدنى ، فعند الإطلاق يحمل على الواحدة لأنه متيقن ، وإن نوى الثلاث وقعن لأنه محتمل كلامه ، وإنما لا تصح نية الثنتين لأنها جنس الطلاق لا من حيث العددية حتى لو كانت الزوجة أمة صحّت نية الثنتين من حيث الجنس . وقال زفر : تصح نية الثنتين لأنها بعض الثلاث وجوابه ما قلنا (ولو نوى بقوله : أنت طالق واحدة ، وبقوله طلاقا أخرى وقعتا) لأن كل واحد من اللفظين يحتمل الإيقاع فصار كقوله أنت طالق أنت طلاقا فانه يقع ثنتان كذا ههنا ، وهكذا الحكم في قوله أنت طالق الطلاق ، ولو قال أنت طالق وقال عنيت به عن وثاق لا يصدق قضاء ، ولو قال عن .

وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُلْسَتِهَا أَوْ مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ الْجُمْلَةِ كَالرَّقَبَةِ وَالْوَجْهِ وَالرُّوحِ وَالْجَسَدِ ، أَوْ إِلَى جُزْءٍ شَائِعٍ مِنْهَا وَقَعَ ، وَنِصْفُ الطَّلَاقِ تَطْلِيقَةٌ ، وَكَذَلِكَ الثَّلَاثُ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَتَيْنِ ثَلَاثٌ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافٍ تَطْلِيقَةٌ ثِنْتَانِ ،

العمل يدين أيضا ، ولو قال أنت طالق من وثاق أو من هذا القيد لم يقع شيء في القضاء ؛ ولو قال أنت طالق من هذا العمل وقع قضاء لاديانته ، ولو قال أنت طالق ثلاثا من هذا العمل طلقت ثلاثا ، ولا يصدق قضاء أنه لم ينو الطلاق . قال (وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو ما يعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والروح والجسد ، أو إلى جزء شائع منها وقع) لأنها محل الطلاق ، فإذا قال أنت طالق فقد أضاف الطلاق إلى محله فيصح . وهذه الأشياء يعبر بها عن جملة البدن . قال تعالى - فتحرير رقبة - والمراد الجملة . ويقال يا وجه العرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الفروج على السروج » ويقال : أنا بخير ما سلم رأسك وما بقيت روحك ويراد الجميع . والجسد عبارة عن الجميع وكذلك العنق . قال تعالى - فظلت أعناقهم - وكذلك الدم يقال دمه هدر ، وهذا على ما ذكر في الكفالة أنه لو تكفل بدمه يصح ، وأشار في كتاب العتق أنه لا يقع لأنه قال : لو قال لعبد دملك حر لا يعتق ، وفي الظهر والبطن روايتان ، وإنما يقع بالإضافة إلى هذه الأعضاء باعتبار أنه يعبر بها عن جميع البدن لا بالإضافة إليها حتى لو قال الرأس منك طالق أو الوجه . أو وضع يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لا يقع . وأما الجزء الشائع كالثلاث والرابع فلأنه قابل لسائر التصرفات بيعا وإجارة وغيرهما ، ولهذا يصح إضافة النكاح إليه فكذا الطلاق ، لكن لا يتجزى في حكم الطلاق فيثبت في الكل ، ولو أضافه إلى اليد والرجل ونحوهما مما لا يعبر به عن البدن لا يقع كالأصبع والشعر لأنه أضافه إلى غير محله فصار كإضافته إلى الريق والظفر ، وهذا لأن الطلاق رفع القيد ولا قيد في هذه الأعضاء لأنه لا يصح إضافة النكاح إليها ، بخلاف الجزء الشائع على ما بينا ، ولو تعارف قوم أن اليد يعبر بها عن البدن عرفا ظاهرا يقع الطلاق . قال (ونصف الطلقة تطليقة وكذلك الثلث) فلو قال لما أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة وقعت تطليقة ، لأن ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله . وكذلك كل جزء شائع من التطليقة لما قلنا (وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث) لأن نصف التطليقتين واحدة فكأنه قال أنت طالق ثلاثا (وثلاثة أنصاف تطليقة ثنتان) لأن ثلاثة أنصاف تطليقة ونصف وإنه لا يتجزى فيكمل النصف فيصير تطليقتين ، وقيل ثلاث لأنه يكمل كل نصف فيكون ثلاثا . ولو قال نصي تطليقة فهي واحدة كنصبي درهم يكون درهما . ولو قال نصي تطليقتين فثنتان كنصبي درهمين ، ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث ؛ ولو قال

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ بَقَعَ اثْنَتَانِ (سم) وَإِلَى ثِنْتَيْنِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ (سم) ، وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةٌ فِي ثِنْتَيْنِ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَثِنْتَيْنِ فِي ثِنْتَيْنِ اثْنَتَانِ وَإِنْ نَوَى الْحِسَابَ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ هُنَا إِلَى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ طَلَّقْتَ فِي الْحَالِ فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا تَقَعُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ ، وَلَوْ نَوَى آخِرَ النَّهَارِ صَدَقَ دِيَانَةٌ ؛

نصف تطلقة وثلاثا وسدسها تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى تطلقة واحدة ، وفي الأولى أضاف كل جزء إلى تطلقة منكرا ، فاقضى كل جزء تطلقة على حدة ، فإن جاوز المجموع الأجزاء كقوله نصف تطلقة وثلاثا وربعا قيل واحدة ، وقيل ثنتان وهو المختار ، لأن الزيادة على الواحدة من تطلقة أخرى ، فكأنه أوقع واحدة وبعض أخرى فتكامل ؛ ولو قال لنسائه وهن أربع : بينكن تطلقة تقع على كل واحدة تطلقة ، لأن الواحدة إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة ربعا فتكمل ؛ وكذلك ثنتان أو ثلاث أو أربع ، لأن الثنتين إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة نصف ، ومن الثلاث ثلاثة أرباع فتكمل ، ومن الأربع كل واحدة واحدة ، ولا يقسم كل واحدة وحدها لأن القسمة في الجنس الذي لا يتفاوت يقع على جملة ؛ وإنما يقسم الآحاد إذا كان متفاوتا ، فإن نوى قسمة كل واحدة بانفرادها وقع كذلك لأنه شدد على نفسه ؛ ولو قال خمس طلقت كل واحدة ثنتين وكذلك إلى ثمانية ؛ ولو قال تسع تطلقات طلقت كل واحدة ثلاثا لما مر ؛ ولو قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها ، أو قال أشركت فلانة معها في الطلاق طلقنا ثلاثا ثلاثا ؛ ولو قال لأربع نسوة أنتن طوالق ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث يقع ثنتان ، وإلى ثنتين تقع واحدة) وقالوا : يقع في الأولى ثلاث ، وفي الثانية ثنتان وقد مرت في الإقرار (ولو قال واحدة في ثنتين وقعت واحدة ، وثلثين في ثنتين اثنتان ، وإن نوى الحساب) وقد مر في الإقرار أيضا . قال (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة رجعية) لأنه لم يزدنها وصفا بقوله إلى الشام لأنها متى طلقت يقع في جميع الأماكن (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال في جميع البلاد) لما بينا ، وإن عني به إذا أثبت مكة لم يصدق قضاء لأن الإضمار خلاف الظاهر ، ولو قال : في دخولك مكة تعلق الطلاق بالدخول لأنه تعذر الظرفية والشرط قريب من الظرف فيحمل عليه . قال (ولو قال أنت طالق غدا تقع بطولوع الفجر) لأنه وصفها بالطالقية في جميع الغد فلزم أن تكون طالقا في جميعه ولا ذلك إلا بوقرعه في أول جزء منه (ولو نوى آخر النهار صدق ديانة) لا قضاء لأنه مخالف للظاهر ، إلا أنه يحتمله لأنه تخصيص فيصدق ديانة ،

وَلَوْ قَالَ : فِي غَدٍ صَحَّتْ قَضَاءٌ (سَم) أَيْضًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ غَدًا ،
أَوْ غَدًا الْيَوْمَ يُؤْخَذُ بِأَوْهِمَا ذِكْرًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكَ
فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أُطْلَقْكَ ، أَوْ مَتَى مَا لَمْ أُطْلَقْكَ ،
أَوْ مَتَى لَمْ أُطْلَقْكَ وَسَكَتَ طَلَّقْتَ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ لَمْ أُطْلَقْكَ ، أَوْ إِذَا
لَمْ (سَم) أُطْلَقْكَ ، أَوْ إِذَا مَا لَمْ (سَم) أُطْلَقْكَ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَمُوتَ ؛ وَلَوْ قَالَ
أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا مَا لَمْ أُطْلَقْكَ أَنْتِ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ هَذِهِ الْوَاحِدَةَ ؛

(ولو قال في غد صحّت قضاء أيضا) لأنه حقيقة كلامه لأن الظرف لا يوجب استيعاب
المظروف ، وإنما يتعين الجزء الأول عند عدم النية لعدم المزاحمة ، وقالوا : هو والأول
سواء ، لأن المراد منهما الظرفية لأن نصب غدا على الظرفية فلا فرق . وجوابه أن قوله
غدا للاستيعاب ، ونظيره قوله لا أكلمك شهرا وفي الشهر ، ودهرا وفي الدهر ؛ وإذا كان
للاستيعاب فإذا نوى البعض فقد نوى التخصيص كما بينا ، وعلى هذا الخلاف أنت طالق
في رمضان ونوى آخره (ولو قال أنت طالق اليوم غدا ، أو غدا اليوم يؤخذ بأولهما ذكرا)
لأن قوله اليوم تنجيز فلا يتأخر ، وقوله غدا إضافة ، والتنجيز لإبطال للإضافة فيلغو .
قال (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك فليس بشيء) وكذا أمس وقد تزوجها اليوم
لأنه أسند إلى حالة منافية لوقوع الطلاق فلا يقع كقوله قبل أن أخلق ، ولو كان تزوجها
أول من أمس وقع الساعة في الفصل الثاني لأنه أوقع الطلاق في ملكه فيقع (ولو قال أنت
طالق ما لم أطلقك ، أو متى ما لم أطلقك ، أو متى لم أطلقك وسكت طلقت) لوجود شرط
الوقوع بالسكوت ، وهو زمان خال عن التطلاق ، لأن هذه الألفاظ للوقت ؛ أما متى
ومتى ما فحقيقة فيه ، وأما ما فانه يستعمل فيه ، قال تعالى - ما دمت حيا - أى وقت الحياة
(وإن قال إن لم أطلقك ، أو إذا لم أطلقك ، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى تموت) لأن
هذه الألفاظ للشرط فكان الطلاق معلقا بعدم التعليق فلا يتحقق العدم إلا بالموت ، أما إن
فظاهر ، وأما إذا وإذا ما فكذلك عنده ، وقالوا : هما بمعنى متى ، قال تعالى - إذا السماء
انشقت - وأمثالها والمراد الوقت ، ولأبي حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا ، قال :

* وإذا تصبك خصاصة فتحمل * جزم بها وهى دليل الشرطية ، وإذا استعملت
في الأمرين لا يقع الطلاق بالشك لاحتمال إرادة كل واحد منهما على الانفراد ، بخلاف
قوله طلق نفسك إذا شئت حيث لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس ويحمل على
الوقت لأنه لما احتملها وقد ملكها فلا يخرج الأمر من يدها بالشك (ولو قال أنت طالق
ثلاثا ما لم أملكك أنت طالق فهى طالق هذه الواحدة) لأنه وجد شرط البر وهو عدم الوقت

وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ وَإِنْ نَوَى ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ أَوْ عَلَيْكَ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ هَكَذَا وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ ، وَبِالْوَاحِدَةِ وَاحِدَةٌ ، وَبِالثَّنَتَيْنِ ثِنْتَانِ ، وَالْمُعْتَبَرُ الْمَنْشُورَةُ ، وَإِنْ أَشَارَ بِظُهُورِهَا فَالْمُعْتَبَرُ الْمَضْمُومَةُ .

الحال عن التطليق (ولو قال أنا منك طالق لم يقع شيء وإن نوى ، ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق فواحدة بائنة) والفرق أن الطلاق إزالة القيد ، والقيد قائم بالمرأة دون الرجل ، أو لإزالة الملك وهي المملوكة وهو المالك ؛ أما الإبانة فلقطع الوصلة والتحريم لرفع الحلق والوصلة ، والحلق مشترك بينهما فصيح لإضافتهما إليهما دون الطلاق (ولو قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث فثلاث ، وبالواحدة واحدة ، وبالثنتين ثنتان ، والمعتبر المنشورة) لأنها للإعلام بالعدد ، قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وخمس لإبهامه » وأراد في النوبة الثالثة التسعة وعليه العرف ، ولو أراد المضمومتين أو الكف لم يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر (وإن أشار بظهورها فالمعتبر المضمومة) لأنه يريد إعلام العدد بقدر المضمومة رجوعاً إلى العادة بين الناس ؛ ولو قال أنت طالق ولم يقل هكذا وقعت واحدة ، لأنه لما لم يذكر العدد بقي مجرد قوله أنت طالق فتقع واحدة ؛ ولو قال أنت طالق واحدة أو قال ثنتين أو قال ثلاثاً فانت بعد قوله أنت طالق قبل ذكر العدد لم يقع شيء ، لأنه متى ذكر العدد فالواقع هو العدد ، فإذا مات قبل ذكر العدد فانت المحل قبل الإيقاع فبطل ؛ وفي الفتاوى : إذا قال أنت طالق كذا كذا طلقت ثلاثاً ، لأنه إذا أقر بكذا كذا لزمه أحد عشر على ما عرف ، فكأنه قال أنت طالق أحد عشر ؛ ولو قال كذلك طلقت ثلاثاً كذلك هنا .

فصل في وصف الطلاق

أصله أنه متى وصف الطلاق بوصف لا يوصف به ولا يحتمله وقع الطلاق وبطل الوصف كقوله أنت طالق طلاقاً لم يقع ، فانه يقع واحدة لأن الطلاق لم يوصف بذلك ، ومتى وقع الطلاق لا يرتفع ؛ وكذا إذا قال أنت طالق وأنا بالخيار ثلاثة أيام يقع ويبطل الشرط ، ومتى وصفه بوصف يوصف به ، فلا يخلو إما إن كان يبنى عن زيادة شدة وغلظة أولاً ، فإن كان لا يبنى عن ذلك فهو رجعي ، وإن كان يبنى فهو بائن ؛ مثال الأول : أنت طالق أفضل الطلاق أو أكمله أو أحسنه أو أعدله أو أسنه أو خيريه فانه تقع واحدة رجعية ، لأنه لا يوصف لها يبنى عن الشدة ، والبيتونة وصف شدة فلا يقع .

وَكَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ أَوْ أَخْبَثَهُ أَوْ أَشَدَّهُ أَوْ أَعْظَمَهُ أَوْ أَكْبَرَهُ أَوْ أَشْرَهُ أَوْ أَسْوَأَهُ أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ أَوْ الْبِدْعَةِ أَوْ كَالْجَبَلِ أَوْ مِلءَ الْبَيْتِ ، أَوْ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ طَوِيلَةً أَوْ عَرِيضَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ .

(و) مثال الثاني (لو قال : أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ أَوْ أَخْبَثَهُ أَوْ أَشَدَّهُ أَوْ أَعْظَمَهُ أَوْ أَكْبَرَهُ أَوْ أَشْرَهُ أَوْ أَسْوَأَهُ أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ أَوْ الْبِدْعَةِ أَوْ كَالْجَبَلِ أَوْ مِلءَ الْبَيْتِ ، أَوْ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ طَوِيلَةً أَوْ عَرِيضَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ) لَأَنَّ هَذِهِ الْأَوْصَافَ تَنْبِئُ عَنِ الشَّدَّةِ ، وَالْبَائِنِ : هُوَ الشَّدِيدُ الَّذِي لَا يَقْدَرُ عَلَى رَجْعِهَا ، بِخِلَافِ الرَّجْعِيِّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَدِيدٍ عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ رَجْعَهَا بِلَوْنٍ أَمْرًا . قَالَ (وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ) لَأَنَّ الشَّدَّةَ وَالْبِدْعَةَ وَطَلَاقَ الشَّيْطَانِ يَنْتَوِعُ إِلَى نَوْعَيْنِ : شَدَّةٍ ضَعِيفَةٍ وَقَوِيَّةٍ ، فَالضَّعِيفَةُ الْوَاحِدَةُ الْبَائِنَةُ ، فَعِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ يَتَصَرَّفُ إِلَيْهَا لِلتَّيَقُّنِ ؛ وَإِذَا نَوَى الثَّلَاثَ فَقَدْ نَوَى أَحَدَ نَوْعِيهِ فَيَصْدُقُ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ كَأَنَّ لَفَّهُ لَأَنَّهُ يَشْبَهُ بِهَا فِي الْقُوَّةِ . قَالَ • وَوَاحِدٌ كَالْأَلْفِ إِنْ أَمَرَ عَنِّي • وَيَشْبَهُ بِهَا فِي الْعَدَدِ فَأَيُّهُمَا نَوَى صَحَّ ، وَعِنْدَ عَدَمِهَا يَثْبُتُ الْأَقْلُ لَمَّا مَرَّ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقَعُ الثَّلَاثُ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ لِأَنَّهُ عَدَدٌ فَالظَّاهِرُ هُوَ التَّشْبِيهُ فِي الْعَدَدِ . ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ مَنَى شَبَهُ الطَّلَاقِ فَهُوَ بَائِنٌ ، لَأَنَّ التَّشْبِيهَ يَقْتَضِي زِيَادَةَ الْوَصْفِ وَذَلِكَ بِالْبَيْنُونَةِ ، لَأَنَّ عِنْدَ عَدَمِ التَّشْبِيهِ يَكُونُ رَجْعِيًّا ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ إِنْ ذَكَرَ الْعَظَمَ كَانَ بَائِنًا وَإِلَّا فَلَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَشْبَهُ بِهِ عَظِيمًا فِي نَفْسِهِ أَوْ لَا لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ التَّشْبِيهَ فِي نَفْسِ التَّوْحِيدِ ، فَإِذَا ذَكَرَ الْعَظَمَ عَلِمْنَا أَنَّهُ أَرَادَ الزِّيَادَةَ . وَعِنْدَ زُفَرٍ إِنْ شَبَّهَ بِمَا هُوَ عَظِيمٌ فِي نَفْسِهِ كَانَ بَائِنًا وَإِلَّا فَهُوَ رَجْعِيٌّ ، وَالْخِلَافُ يَظْهَرُ فِي قَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ مِثْلَ رَأْسِ الْإِبْرَةِ ، مِثْلَ عَظْمِ رَأْسِ الْإِبْرَةِ ، مِثْلَ الْجَبَلِ ، مِثْلَ عَظْمِ الْجَبَلِ ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هُوَ بَائِنٌ فِي الْجَمِيعِ ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ هُوَ بَائِنٌ فِي الثَّانِيَةِ وَالرَّابِعَةِ ، رَجْعِيٌّ فِي الْبَاقِي ؛ وَعِنْدَ زُفَرٍ هُوَ بَائِنٌ فِي الثَّلَاثَةِ وَالرَّابِعَةِ ، رَجْعِيٌّ فِي الْبَاقِي ؛ وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ مِثْلَ عَدَدٍ كَذَا لَشَيْءٌ لَا عَدَدَ لَهُ كَالشَّمْسِ وَالْقَمَرِ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، رَجْعِيَّةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ؛ وَلَوْ قَالَ كَالنَّجُومِ فَوَاحِدَةٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ، لَأَنَّ مَعْنَاهُ كَالنَّجُومِ ضِيَاءٌ إِلَّا أَنَّ يَنْوِي الْعَدَدَ فَثَلَاثٌ ؛ وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ لَا قَلِيلَ وَلَا كَثِيرَ يَقَعُ ثَلَاثًا ؛ وَلَوْ قَالَ لَا كَثِيرَ وَلَا قَلِيلَ يَقَعُ وَاحِدَةً فَيَثْبُتُ ضِدُّ مَا نَفَاهُ أَوَّلًا ، لَأَنَّ بَالِنِي ثَبَتَ ضِدَّهُ فَلَا يَرْتَفِعُ ؛ وَلَوْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ثُمَّ قَالَ جَعَلْتُهَا بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا يَكُونُ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَصِيرُ بَائِنًا لَأَنَّ الْوَاحِدَةَ لَا تَحْتَمِلُ الْعَدَدَ وَتَحْتَمِلُ التَّبْدِيلَ إِلَى صِفَةٍ أُخْرَى . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَكُونُ بَائِنًا وَلَا ثَلَاثًا لِأَنَّهُ إِذَا وَقَعَ بِصِفَةٍ لَا يَمْلِكُ تَغْيِيرَهُ لِأَنَّ تَغْيِيرَ الْوَاقِعِ لَا يَصِحُّ . وَالْأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِبَانَةَ مَمْلُوكَةٌ لَهُ فَيَمْلِكُ إِثْبَاتَهَا بَعْدَ الْإِبْقَاعِ وَيَمْلِكُ لِبْقَاعِ الْعَدَدِ فَيَمْلِكُ لِخِلَاقِ الثَّنَيْنِ بِالْوَاحِدَةِ وَضَمِّهِمَا إِلَيْهَا

وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدَّخُولِ ثَلَاثًا وَقَعْنَ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ
وَطَالِقٌ ، أَوْ طَالِقٌ طَالِقٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ قَبْلَ وَاحِدَةٍ ،
أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعْتَ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ قَبْلَهَا
وَاحِدَةٌ ، أَوْ بَعْدَ وَاحِدَةٍ فَثِنْتَانِ ، وَلَوْ قَالَ : مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ
فَثِنْتَانِ أَيْضًا ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ
فَدَخَلْتَ وَقَعْتَ وَاحِدَةٌ (سم) ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ إِنْ
دَخَلْتَ الدَّارَ فَدَخَلْتَ وَقَعْتَ ثِنْتَانِ .

فصل

(ومن طلق امرأته قبل الدخول ثلاثا وقعن) لأن قوله أنت طالق ثلاثا إيقاع لمصدر
محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة ، وليس قوله أنت طالق إيقاعا على حدة (ولو قال
أنت طالق وطالق ، أو طالق طالق ، أو واحدة وواحدة ، أو واحدة قبل واحدة ،
أو بعدها واحدة وقعت واحدة) لأنه ما لم يعلق الكلام بشرط أو يذكر في آخره ما يغير
صدره كان كل لفظ إيقاعا على حدة ، فيقع الأول وتبين لآلى عدة فتصادفها الثانية وهي
بائن فلا تقع . وأما القبلية والبعدية فالأصل فيها أنه متى ذكر حرف الظرف مقرونا بهاء
الكناية بين طلاقين كان الظرف صفة للمذكور آخرها ، وإن لم يقرنه بهاء الكناية فهو صفة
للمذكور أولا ، مثاله جاءني زيد قبله عمرو ، وجاءني زيد قبل عمرو ، فالقبلية في الأول
صفة لعمرو ، وفي الثاني صفة لزيد ، فقوله أنت طالق واحدة قبل واحدة ، فالقبلية صفة
للأولى ، والإيقاع في الماضي إيقاع للحال ، لأن الإخبارات لإنشاءات شرعا فوقعت
الواحدة فبانت بها فلا يقع ما بعدها ، وقوله بعدها واحدة فالبعدية صفة للأخيرة وقد
حصلت الإبانة قبلها فلا يقع (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة ، أو بعد واحدة
فثنتان) لأن القبلية صفة للأخرى فاقضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال ،
وقد بينا أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقتربان . وفي المسألة الثانية البعدية صفة
للأولى فاقضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع أخرى قبلها فيقتربان (ولو قال مع واحدة
أو معها واحدة فثنتان أيضا) لأن كلمة مع للمقارنة (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت
طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت واحدة) وقال ثنتان (ولو قال أنت طالق واحدة
وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقعت ثنتان) بالإجماع . لهما أن حرف الواو للجمع
المطلق ، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، ولا فرق بينهما إذا أخر الجراء

وَكَيْنَايَاتُ الطَّلَاقِ لَا يَقَعُ بِهَا إِلَّا بِنِيَّةٍ أَوْ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وَيَقَعُ بَائِنًا إِلَّا
اعْتَدَى وَاسْتَبْرَأَ رَحِمَكَ وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ فَيَقَعُ بِهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ .

أو قدمه لأنه تعليق بحرف الجمع . وله أن الشرط إذا تأخر بغير صدر الكلام فيتوقف عليه جميع
الكلام فتقع جملة ، أما إذا تقدم لامغير له فلا يتوقف ، والجميع يحتمل الترتيب ويحتمل القران ،
فعل تقدير احتمال الترتيب لا تقع إلا واحدة كما إذا صرح به فلا يقع الزائد عليه بالشك ؛
ولو عطف بحرف الفاء . قال الكرخي : هو على الخلاف ، وقال أبو الليث : تقع واحدة
بالإجماع لأن الفاء للتعقيب ، قالوا : وهو الأصح ، ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق
طالق إن دخلت الدار بانت بالأولى ولم تتعلق بالثانية ، وفي المدخول بها تقع واحدة للحال
وتتعلق الثانية بالمدخول .

فصل

(وكنایات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال) لاحتمالها الطلاق وغيره لأنها
غير موضوعة له فلا يتعين إلا بالتعيين ، وهو أن ينويه أو تدل عليه الحال فتترجح إرادته .
قال (ويقع بائنا) لأنه يملك إيقاع البائن وأنه أحد نوعي البينة فيملكه كالثلاث وقد
أوقعه بقوله أنت بائن أو أنت طالق بائن أو أبنتك بطلقة ونحو ذلك ، فان هذه الألفاظ تدل
على البينة بصريحها ومعناها ، فان قوله بائن صريح : وبنة وبتلة يثبتان عن القطع وذلك
في البائن دون الرجعي ، وكذا سائر الألفاظ إذا تأملت معناها . قال (إلا اعتدى واستبرأ)
رحمك وأنت واحدة فيقع بها واحدة رجعية) لأن قوله اعتدى يحتمل اعتدى نعم الله تعالى ،
ويحتمل اعتدى عدة الطلاق فاذا نواها بصير كأنه قال طلقك فاعتدى ، وذلك يوجب
الرجعة . وأما قوله استبرأ رحمك فلأنه يستعمل للعدة إذ هو المقصود منها ، ويحتمل
استبرأ لأطلقك ، فان نوى الأول كان في معناه فيكون رجعيا لما مر ، وقوله أنت واحدة
يصلح نعتا لمصدر مخوف ويصلح وصفا لها بالتوحيد عنده ، فاذا نوى الطلاق تعين الأول
ومثله جائر كقوله أعطيتك جزىلا : أى عطاء جزىلا ، وإذا احتمله فاذا نواه تعين مجرأ
فيصير كأنه قال أنت طالق طلفة واحدة ؛ ولو قال ذلك كان رجعيا فكذا هذا ، ولهذا قال
بعض أصحابنا : إذا أعرب الواحدة بالرفع لا يقع شيء وإن نوى لأنه صفة لشخصها
وإن أعرب بالنصب تقع واحدة من غير نية لأنه نعت مصدر محذوف ، وإن سكر
يحتاج إلى نية ، وعامة المشايخ قالوا : الكل سواء ، لأن العامة لا يميزون بين ذلك
فلا يبنى حكم يرجع إليهم عليه ، ولا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة إلا واحدة ، لأن قول
أنت طالق مضمّر فيها أو مقتضى ، ولو أظهر لا يقع إلا واحدة لما بينا ، كذا هذا

وَالْفَاطُ الْبَائِنُ قَوْلُهُ : أَنْتِ بَائِنٌ ، بَتَّةٌ ، بَتْلَةٌ ، حَرَامٌ ، حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ ، خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ ، سَرَحْتُكَ ، فَارَقْتُكَ ، أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، تَقَنَّنِي ، اسْتَتَرِي ، أَنْتِ حُرَّةٌ ، اِغْرُبِي ، اِخْرُجِي ، ابْتِغِي الْأَزْوَاجَ ؛ وَيَصِحُّ فِيهَا نِيَّةُ الْوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ ، وَلَوْ نَوَى الثَّانِيَيْنِ فَوَاحِدَةً ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ فَلَهَا أَنْ تَطْلُقَ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسٍ عَلَيْهَا ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالْقِيَامِ ، وَيَتَبَدَّلُ الْمَجْلِسُ ،

قال (وَالْفَاطُ الْبَائِنُ قَوْلُهُ : أَنْتِ بَائِنٌ ، بَتَّةٌ ، بَتْلَةٌ ، حَرَامٌ ، حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ ، خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ ، سَرَحْتُكَ ، فَارَقْتُكَ ، أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، تَقَنَّنِي ، اسْتَتَرِي ، أَنْتِ حُرَّةٌ ، اِغْرُبِي ، اِخْرُجِي ، ابْتِغِي الْأَزْوَاجَ ؛ وَيَصِحُّ فِيهَا نِيَّةُ الْوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ) لِأَنَّ الْبَيْنُونَ خَفِيفَةٌ وَغَلِظَةٌ فَأَيُّهُمَا نَوَى صَحَّ ، وَإِنْ نَوَى نَفْسَ الطَّلَاقِ فَوَاحِدَةً لِأَنَّهُ الْأَدْنَى (وَلَوْ نَوَى الثَّانِيَيْنِ فَوَاحِدَةً) لِأَنَّهُمَا عَدَدٌ وَالْفَرْقُ لَا يَدُلُّ عَلَى الْعَدَدِ ، وَفِيهِ خِلَافٌ زَفَرٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ ، وَلَا يَقَعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ أَوْ فِي حَالِ مَذَاكِرَةِ الطَّلَاقِ لِأَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ فَيَقَعُ فِي الْقَضَاءِ وَلَا يَقَعُ دِيَانَةً إِلَّا بِالنِّيَّةِ ، وَتَقَعُ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ أَدْنَى . ثُمَّ هِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ : مِنْهَا مَا يَصْلُحُ جَوَابًا لِأَغْيَرٍ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، اخْتَارِي ، اِعْتَدَي . وَمِنْهَا مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا لِأَغْيَرٍ وَهِيَ سَبْعَةٌ : اِخْرُجِي ، اِذْهَبِي ، اِغْرُبِي ، قُومِي ، تَقَنَّنِي ، اسْتَتَرِي ، تَحْمَرِي . وَمِنْهَا مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا مُشْتَمِلَةٌ وَهِيَ خَمْسَةٌ : خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، بَتَّةٌ ، بَائِنٌ ، حَرَامٌ . وَعَنْ أَبِي يُونُسَ أَنَّهُ أَخَذَ بِالْقِسْمِ الْأَوَّلِ خَمْسَةَ أُخْرَى : خَلَيْتُ سَبِيلَكَ ، سَرَحْتُكَ ، لَأَمَّاكَ لِي عَلَيْكَ ، لَأَسْبِيلُ لِي عَلَيْكَ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ . وَالْأَحْوَالُ ثَلَاثَةٌ : حَالَةٌ مُطْلَقَةٌ وَهِيَ حَالَةُ الرِّضَا ، وَحَالَةٌ مَذَاكِرَةِ طَلَاقِهَا ، وَحَالَةُ غَضَبٍ . أَمَّا حَالَةُ الرِّضَا فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا بِالنِّيَّةِ لَمَّا تَقَدَّمَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي عَدَمِ النِّيَّةِ لِأَنَّهُ لَا يُطْلَعُ غَيْرُهُ عَلَيْهِ وَالْحَالُ لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . وَفِي حَالِ مَذَاكِرَةِ الطَّلَاقِ يَقَعُ الطَّلَاقُ قَضَاءً وَلَا يَصْدُقُ عَلَى عَدَمِهِ إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ وَهُوَ الْأَدْنَى فَيَصْدُقُ فِيهِ . وَفِي حَالَةِ الْغَضَبِ يَصْدُقُ إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا لِأَغْيَرٍ ، لِأَنَّهُ يَصْلُحُ لِلطَّلَاقِ الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ الْغَضَبُ فَيَجْعَلُ طَلَاقًا . قَالَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ فَلَهَا أَنْ تَطْلُقَ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسٍ عَلَيْهَا) فَإِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً فَبَسْمَاعِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً فَبِالْإِخْبَارِ لِأَنَّ الْخِيَرَةَ لَهَا الْمَجْلِسُ بِاجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَلِأَنَّهُ مَلِكُهَا فَعَلَّ الْاِخْتِيَارَ ، وَالتَّمْلِيكَاتُ تَقْتَضِي جَوَابًا فِي الْمَجْلِسِ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَنَحْوِهَا (وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالْقِيَامِ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ (وَبَتَبَدَّلَ الْمَجْلِسُ) حَقِيقَةُ بِالِانْتِقَالِ إِلَى مَجْلِسٍ آخَرَ ، وَمَعْنَى بَتَبَدَّلَ الْأَفْعَالُ فَجَلَسَ الْأَكْلَ غَيْرَ مَجْلِسِ الْقِتَالِ ، وَمَجْلِسُ الْقِتَالِ غَيْرَ مَجْلِسِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ؛ وَيَبْطُلُ بَتَبَدَّلَ الْمَجْلِسُ . وَإِنْ كَانَتْ مَعْذُورَةً فَانْ مُحَمَّدًا

فإذا اختارت نفسها فهي واحدة بائنة ، ولا يكون ثلاثا وإن نواها ، ولا بد من ذكر النفس أو ما يدل عليه في كلامه أو كلامها ،

رحم الله قال : إذا أخذ الزوج بيدها وأقامها من المجلس بطل خيارها ، ولو كانت في صلاة مكتوبة أو وتر فأنتمها لا يبطل ، وكذا في التطوع إن تمت ركعتين لأنها ممنوعة عن قطعها ، وإن تمت أربعة بطل لأن الزيادة على ركعتين في النفل كاللخول في صلاة أخرى . وعن محمد في الأربع قبل الظهر لا يبطل وإن أتمها أربعة ، وهو الصحيح ، ولو كانت قائمة فقعدت فهي على خيارها لأنه دليل التروى ، فإن القعود أجمع للرأى ، وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت ، أو متكئة فقعدت ، لأنه انتقال من جلسة إلى جلسة وليس باعراض ، كما إذا تربعت بعد أن كانت محتبة . وقيل إذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها لأنه إظهار للتهاون بالأمر فكان إعراضا ، والأول أصح ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت فعن أبي يوسف روايتان ، وإن كانت تسير على دابة أو في حمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها ، إلا أن تختار مع سكوت الزوج ، لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها ، فإذا سارت كان كمجلس آخر (فإذا اختارت نفسها فهي واحدة بائنة) لأن اختيارها نفسها يوجب اختصاصها بها دون غيرها وذلك بالبينونة (ولا يكون ثلاثا وإن نواها) لأن الاختيار لا يتنوع (ولا بد من ذكر النفس أو ما يدل عليه في كلامه أو كلامها) مثل أن يقول اختارى نفسك فتقول اخترت ، أو يقول لها اختارى فتقوا ، اخترت نفسي لأن ذلك عرف بإجماع الصحابة ، وأنه المفسر من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم ، حتى لو قال لها اختارى ، فقالت اخترت فليس بشيء ، لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعا ، وإنما جعل بالسنة فيما إذا كان مفسرا ، فإذا لم يكن كذلك لا يقع به شيء ، ولأن قوله اختارى ، وقولها اخترت ليس له مخصص بها فلا يقع الطلاق ، فإذا ذكرت النفس تخصص الاختيار لها فيقع . وقال في المحيط : ولا بد من ذكر النفس أو التطليقة أو الاختيار في أحد الكلامين لوقوع الطلاق ؛ أما ذكر النفس فلما ذكرنا ؛ وأما ذكر التطليقة فظاهر ؛ وأما الاختيار فلأن الهاء تنبئ عن التفرد ، واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة ويتعدد أخرى ، فصار مفسرا من جانبه . والقياس أن لا يقع بالتخير طلاق . إن نوى ، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره ، ولأن قولها أنا أختار نفسي يحتمل الوعد فلا يكون جوابا مع الاحتمال . وجه الاستحسان إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأن الشرع جعل هذا إيجابا وجوابا لما روى أنه لما نزل قوله تعالى - يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - الآية ، « بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضى الله عنها ، فقال : إني أخبرك بشيء فما عليك ألا تجيبينى حتى تستأمرى أبويك ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر

وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ
اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَهِيَ ثَلَاثٌ (سم) ، وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْتُ
نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ اخْتَارِي نَفْسَكَ
أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيقَةٍ ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ
خَيْرَهَا فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي لِأَبْلِ زَوْجِي لَا يَبْقَ ، وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لَا يَبْقَ ، وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَّقْتُ ، وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ
كَالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَنَوَى
الثَّلَاثَ صَحَّ ؛

أَبُو يَارَسُولَ اللَّهِ ؟ لَا ، بَلْ اخْتَارَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ « وَأَرَادَتْ بِذَلِكَ الْاِخْتِيَارَ لِلْحَالِ ، وَأَعَدَّةُ
رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَوَابًا وَإِيجَابًا ، وَلَئِنْ لَهُ أَنْ يَسْتَدِيمَ النِّكَاحَ وَلَهُ أَنْ يَفَارِقَهَا ،
فَلَهُ أَنْ يَقِيمَهَا مَقَامَ نَفْسِهِ فِي ذَلِكَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ : اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَهِيَ ثَلَاثٌ) وَلَا
يَحْتَاجُ إِلَى نِيَةِ الزَّوْجِ ، لِأَنَّ تَكَرُّرَ هَذَا الْكَلَامِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الطَّلَاقِ دُونَ غَيْرِهِ . أَمَّا قَوْلُهَا
اخْتِيَارَةً فَلِأَنَّهَا لِلْمَرَّةِ ، وَلَوْ صَرَحَتْ بِالْمَرَّةِ كَانَتْ ثَلَاثًا فَكَذَا هَذَا ، وَلِأَنَّهَا لِلتَّأْكِيدِ وَالتَّأْكِيدِ
بِوُقُوعِ الثَّلَاثِ . وَأَمَّا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَذَهَبَ أَيْ حَنِيفَةً . وَقَالَا نَقَعَ
وَاحِدَةً ، لِأَنَّ ذِكْرَ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةِ إِنْ كَانَ لَا يَفِيدُ التَّرْتِيبَ يَفِيدُ الْإِفْرَادَ
لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَيْهِ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ . وَلَهُ أَنَّهَا إِنَّمَا تَنْصَرِّفُ فِيهَا مَلَكَتَهُ ، إِذَا اجْتَمَعَ فِي الْمَلِكِ كَالْمَجْتَمَعِ
فِي الْمَكَانِ ، وَذَلِكَ لَا يَحْتَمِلُ التَّرْتِيبَ ، فَإِنَّ الْقَوْمَ الْمَجْتَمِعِينَ فِي مَكَانٍ لَا يُقَالُ هَذَا أَوَّلٌ وَهَذَا
آخِرٌ ، وَيُقَالُ هَذَا جَاءَ أَوَّلًا وَهَذَا آخِرًا ، فَيَكُونُ التَّرْتِيبُ فِي جَيْهَتِهِمَا لَا فِي ذَاتِهِمَا ، وَإِذَا
كَانَ كَذَلِكَ لَعَا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى فَبَقِيَ قَوْلُهَا اخْتَرْتُ ؛ وَلَوْ قَالَتْ اخْتَرْتُ وَسَكَتَتْ
وَقَعَتِ الثَّلَاثُ كَذَا هَذَا (وَلَوْ قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، لِأَنَّ هَذَا يُوجِبُ الْإِنْطِلَاقَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ
(وَلَوْ قَالَ : اخْتَارِي نَفْسَكَ أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيقَةٍ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَنَّ ذِكْرَ الطَّلَاقِ يَعْقِبُ الرُّجْعَةَ ، وَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : طَلَّقْتُ نَفْسَكَ (وَلَوْ خَيْرَهَا فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ نَفْسِي لِأَبْلِ زَوْجِي لَا يَبْقَ) لِأَنَّهُ لِلْإِضْرَابِ عَنِ الْأَوَّلِ فَلَا يَبْقَ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لَا يَبْقَ) لِأَنَّ أَوَّلَ الشُّكِّ فَلَا يَبْقَ الطَّلَاقُ بِالشُّكِّ ، وَخَرَجَ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا لِاسْتِغْلَالِهَا
بِشَيْءٍ آخَرَ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَّقْتُ) وَلَا يَصِحُّ الْعُطْفُ (وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ
كَالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ) عَلَى مَا ذَكَرْنَا (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَنَوَى الثَّلَاثَ
صَحَّ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَالْخُصُوصَ ، وَالْاِخْتِيَارَ لَا يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ ، فَإِنَّ الْأَمْرَ بِالْيَدِ

وَلَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ ، وَلَوْ
قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا يَقَعُ ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ
فَلَهَا أَنْ تُطَلَّقَ فِي الْمَجْلِسِ وَتَقَعُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ
عَنْهُ ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعَنَ ، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ
الثَّنَتَيْنِ (ز) إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمَةً فَيَصِحُّ ، وَلَوْ كَانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً
لَا يَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ . وَلَوْ قَالَتْ : أَبْنَتُ نَفْسِي طَلَّقْتُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ،
وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، فَقَالَتْ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ أَنْتَ مِنِّي بَائِنٌ ،
أَوْ أَنَا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أَوْ أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلَّقَتْ ،

يَنْبِيُّ عَنْ التَّمْلِيكِ وَضَعًا ، قَالَ تَعَالَى - وَالْأَمْرُ يَوْمُئِذٍ لَكَ - وَالِاخْتِيَارُ عَرَفَ تَمْلِيكَ شَرْعًا
لَا وَضَعًا ، وَالْإِجْمَاعُ انْعَقَدَ فِي الطَّلَاقِ الْوَاحِدَةِ لِأَخِيرٍ ، فَلِهَذَا صَحَّتْ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي الْأَمْرِ بِالْيَدِ
دُونَ التَّخْيِيرِ (وَلَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ)
لِأَنَّهَا صِفَةُ الْإِخْتِيَارِ ، لِأَنَّ الْإِخْتِيَارَ تَصْلَحُ جَوَابًا لِلْأَمْرِ بِالْيَدِ لِكُونِهِ تَمْلِيكًَا كَالْتَّخْيِيرِ
فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي مَرَّةً وَاحِدَةً ، وَبِذَلِكَ يَقَعُ الثَّلَاثُ (وَلَوْ قَالَ لَهَا :
أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا) قِيلَ لَا يَقَعُ ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ (يَقَعُ) وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ دَخَلْتَ
الدَّارَ فَأَمْرُكَ بِيَدِكَ إِنْ طَلَّقْتَ نَفْسَهَا كَمَا وَقَعْتَ قَدَمَهَا فِيهَا طَلَّقْتَ ، وَإِنْ طَلَّقْتَ بَعْدَ مَا شِئْتَ
خَطْوَتَيْنِ لَمْ تُطَلَّقْ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ فَلَهَا أَنْ تُطَلَّقَ فِي الْمَجْلِسِ) لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَكُونُ
وَكِيلَةً فِي حَقِّ نَفْسِهَا فَكَانَ تَمْلِيكًَا (وَتَقَعُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ) لِأَنَّهُ
تَمْلِيكٌَ فِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيْقِ ، لِأَنَّهُ عُلِقَ الطَّلَاقُ بِتَطْلِيْقِهَا ، وَكَذَا قَوْلُهُ أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ .
أَوْ أَحْبَبْتَ أَوْ هَوَيْتَ أَوْ أَرَدْتَ أَوْ رَضِيتَ ، لِأَنَّ كُلَّهُ تَعْلِيْقٌ بِفَعْلِ الْقَلْبِ فَهُوَ كَالْخِيَارِ
(وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعَنَ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَفْعَلُ الطَّلَاقِ وَهُوَ اسْمُ
جِنْسٍ فَيَتَنَاوَلُ الْأَدْنَى مَعَ الْجَمِيعِ كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الْأَجْنَاسِ فَتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ وَيَنْصَرَفُ إِلَى
الْأَدْنَى عِنْدَ عَدَمِهَا عَلَى مَا مَرَّ (وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ عَدَدٌ خِلَافًا لَزَفَرٍ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ
(إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمَةً فَيَصِحُّ) لِأَنَّهُ الْجِنْسُ فِي حَقِّهَا (وَلَوْ كَانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً لَا تَصِحُّ
نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ يَجْنِسُ فِي حَقِّهَا (وَلَوْ قَالَتْ : أَبْنَتُ نَفْسِي طَلَّقْتُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً)
لِأَنَّ الْإِبَانَةَ مِنَ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ ، إِلَّا أَنَّهَا زَادَتْ فِيهَا وَصْفُ الْإِبَانَةِ فَيُلْغَوُ ، كَمَا إِذَا قَالَتْ
طَلَّقْتُ نَفْسِي بَائِنَةً . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ : لَا يَقَعُ شَيْءٌ لِأَنَّهَا أَنْتَ بَغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا ، وَيَتَقَيَّدُ
بِالْمَجْلِسِ كَمَا فِي الْخِيَرَةِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌَ أَيْضًا (وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، فَقَالَتْ أَنْتَ عَلَى
حَرَامٍ ، أَوْ أَنْتَ مِنِّي بَائِنٌ ، أَوْ أَنَا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أَوْ أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلَّقَتْ)
لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ نَفِيدَ الطَّلَاقِ كَمَا إِذَا قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِي ، وَلَوْ قَالَتْ أَنْتَ مِنِّي طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ

وَلَوْ قَالَتْ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ ، أَوْ أَنَا طَالِقٌ وَقَعَ ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ مَتَى شِئْتَ ، أَوْ مَتَى مَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا مَا شِئْتَ لَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ ، وَلَوْ رَدَّتْهُ لَا يَرْتَدُّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : طَلَّقِي أَمْرَأِي ، وَلَوْ قَالَ لَهُ : إِنْ شِئْتَ اقْتَصِرَ عَلَى الْمَجْلِسِ (ز) ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ كُلَّمَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تَفَرِّقَ الثَّلَاثَ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَجْمَعَهَا ؛ وَلَوْ قَالَ طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ (س) ؛

شَيْءٌ (وَلَوْ قَالَتْ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ ، أَوْ أَنَا طَالِقٌ وَقَعَ) لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَوْصَفُ بِالطَّلَاقِ دُونَ الرِّجَالِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ مَتَى شِئْتَ ، أَوْ مَتَى مَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا مَا شِئْتَ لَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ) لِأَنَّهَا لِعُمُومِ الْأَوْقَاتِ كَأَنَّهُ قَالَ : فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتَ ، وَهَذَا فِي مَتَى وَمَتَى مَا ظَاهَرَ ؛ وَأَمَّا إِذَا وَإِذَا مَا فَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِيهِ وَالْعَذْرُ عَنْهُ (وَلَوْ رَدَّتْهُ لَا يَرْتَدُّ) لِأَنَّهُ مُلْكُهَا الطَّلَاقُ فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَتْ فَلَمْ يَكُنْ تَمْلِكُ قَبْلَ الْمَشِئَةِ فَلَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ (وَكَذَا لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : طَلَّقِي أَمْرَأِي) لَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ (وَلَوْ قَالَ لَهُ : إِنْ شِئْتَ اقْتَصِرَ عَلَى الْمَجْلِسِ) وَقَالَ زَفَرٌ : هُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ كَمَا إِذَا سَكَتَ عَنِ الْمَشِئَةِ . وَلَنَا أَنَّهُ تَمْلِكُ حَيْثُ عُلِقَ بِالْمَشِئَةِ ، وَالْمَالِكُ يَتَصَرَّفُ بِالْمَشِئَةِ ، وَالتَّمْلِكُ يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ لَمَّا عُرِفَ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ أَحْبَبْتَ ، فَقَالَتْ شِئْتُ وَقَعَ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ شِئْتُ فَقَالَتْ أَحْبَبْتُ لَا يَقَعُ ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمَشِئَةَ إِرَادَةٌ وَإِحْبَابٌ وَفِيهَا مَعْنَى الْحُبِّ وَزِيَادَةٌ فَقَدْ وَجَدَ الشَّرْطَ فِي الْأَوَّلِ وَزِيَادَةُ الْحُبِّ لَيْسَ فِيهَا إِجْبَابٌ فَلَمْ يَوْجَدْ فِي الْمَسْئَلَةِ الثَّانِيَةِ الْمَشِئَةَ بِتِلْكَ الصِّفَةِ فَلَمْ يَوْجَدْ الشَّرْطَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ كُلَّمَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تَفَرِّقَ الثَّلَاثَ) لِأَنَّ كُلَّمَا تَقْتَضِي تَكَرُّرَ الْفِعْلِ وَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمَمْلُوكِ مِنَ الطَّلَاقِ فِي النِّكَاحِ الْقَائِمِ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ لَا تَمْلِكُ التَّطْلِيقَ (وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَجْمَعَهَا) لِأَنَّهَا تَوْجِبُ عُمُومَ الْإِنْفِرَادِ لِاعْمُومِ الْجَمْعِ وَقَالَ زَفَرٌ : لَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَمْلُوكِ فِي النِّكَاحِ حَتَّى كَانَ لَهَا أَنْ تَطْلُقَ نَفْسَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ عَمَلًا بِحَقِيقَةِ كَلِمَةِ كُلَّمَا . وَلَنَا أَنَّهُ تَمْلِكُ فَلَا يَصِحُّ إِلَّا فِيهَا هُوَ فِي مُلْكِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَعَلَى هَذَا الْإِبْلَاءُ إِذَا وَجَّعَ بِهِ ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ لَا يَعُودُ الْإِبْلَاءُ عِنْدَنَا ، وَعِنْدَهُ يَعُودُ (وَلَوْ قَالَ : طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهَا أَوْقَعَتْ بَعْضَ مَا مَلَكَتْ (وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) عِنْدَ أَيْ حَنِيفَةٍ ، وَقَالَا : تَقَعُ وَاحِدَةٌ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ الْوَاحِدَةَ ، وَقَدْ أَنْتَ بِالزِّيَادَةِ عَلَيْهَا فَتُلْغُو كَمَا إِذَا قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ أَرْبَعًا ، فَانْهَ يَقَعُ الثَّلَاثُ وَيُلْغُو الزَّائِدَ . وَلَهُ أَنَّ الْوَاحِدَةَ غَيْرَ الثَّلَاثِ لَفْظًا وَمَعْنَى فَقَدْ أَنْتَ بِغَيْرِ مَا مُلْكُهَا فَكَانَ كَلَامًا مُبْتَدَأً فَلَا يَقَعُ ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الثَّلَاثَ

وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً بَائِنَةً فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً بَائِنَةً ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ رَجْعِيَّةً فَهِيَ بَائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتَ وَقَعْتَ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَإِنْ لَمْ تَشَأْ فَإِنْ شَاءَتْ بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا وَقَدْ أَدَّ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعَ ، وَإِنْ اخْتَلَفْتَ مَشِيئَتَهَا وَإِرَادَتَهُ فَوَاحِدَةً (سم) رَجْعِيَّةً ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَا شِئْتَ أَوْ كَمْ شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ مِنْ ثَلَاثٍ مَا شِئْتَ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ ثَلَاثًا وَتُطَلِّقَ مَا دُونَهَا (سم) .

فيتصرف فيها بحكم الملك ، والزائد عليها فهو فبطل (ولو قال لها : طلق نفسك واحدة أملك الرجعة ، فقالت : طلقت نفسي واحدة بائنة فهي رجعية) لأنها أنت بالأصل فصيح ووقع ما أمرها به ثم أنت بزيادة وصف فيلغو إذ لا حاجة إليه (ولو قال : واحدة بائنة ، فقالت : طلقت رجعية فهي بائنة) لما قلنا (ولو قال لها : أنت طالق كيف شئت وقعت واحدة رجعية وإن لم تشأ ، فإن شاءت بائنة أو ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقع) للاتفاق بين إرادته ومشيتها (وإن اختلفت مشيتها وإرادته فواحدة رجعية) لأنها لما خالفته لغا تصرفها فبقى أصل الإيقاع . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يقع شيء ما لم توقع المراء فتشاء ثلاثا أو واحدة رجعية أو بائنة والعنق على هذا الخلاف . لهما أنه فوض إليها التطلاق على أي صفة شاءت فوجب أن يتعلق بمشيئتها أصل الطلاق حتى تملك ذلك قبل الدخول وبعده ، ولو وقع بمجرد إيقاعه لا يملك قبل الدخول . ولأبي حنيفة أن كيف للاستيفاف فتقتضي ثبوت أصل الطلاق ، ويكون التفويض إليها في الصفة عملا بحقيقة كلمة كيف (ولو قال : أنت طالق ما شئت أو كَمْ شئت فلها أن تطلق نفسها ما شاءت) لأنهما يستعملان للعدد فقد فوض إليها أي شيء شاءت من العدد (ولو قال لها : طلق نفسك من ثلاث ما شئت فليس لها أن تطلق ثلاثا وتطلق ما دونها) وقالوا : لها أن تطلق ثلاثا إن شاءت ، لأن ما للعموم ومن تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كقوله : كل من طعمي ما شئت . ولأبي حنيفة أن من حقيقة التبعض ، وما للتعميم فيعمل بهما ، فجعلنا المفوض إليها بعض الثلاث ، لكن بعضا له عموم وهو ثنتان ، وإنما ترك التبعض في النظر لدلالة الحال ، وهو إظهار السماحة والكرم ، ولو قال : إن شئت فأنت طالق إذا شئت ، فهما مشيئتان : إحداهما على المجلس ، والثانية مطلقة معلقة بالوقت ، فإن قامت بطلنا أما المؤقتة فلتوقتها بالمجلس ، وأما المطلقة فلتعلقها بها ، وإن شاءت يصير كأنه قال لها في ذلك الوقت : أنت طالق إذا

شئت ، ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال لا ونوى الطلاق وقع ، ذكره في المحيط وقال هو الصحيح ؛ وكذا لو قالت : لست لي زوج ، فقال الزوج : صدقت ونوى الطلاق ؛ وكذا قوله : لست لي بامرأة ، أو ما أنت لي بامرأة ، أو لست لك بزوج ، أو ما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع ؛ وقالوا : لا يقع لأنه إخبار كذب فلا يقع وإن نوى . وله أنه يحتمل الطلاق بالإضمار تقديره : لست لي بامرأة لأنني طلقتك ، وإذا احتمل ذلك ونواه صحت نيته فيقع الطلاق ؛ ولو قال له آخر : هل امرأتك إلا طالق ؟ فقال الزوج : لا طلقت ولو قال نعم لا تطلق ، لأن قوله نعم معناه نعم امرأتى غير طالقي ، وقوله لا معناه ليس امرأتى إلا طالقي ؛ ولو قال لامرأته : قولى أنا طالق لم تطلق حتى تقول لأنه أمر بالإنشاء ؛ ولو قال لغيره : قل لامرأتى إنها طالقي طلقت قال أو لم يقل ، لأنه أمره بالإخبار وأنه يستدعى سبق الخبر به ؛ ولو قال له آخر : إن لم تقض حتى اليوم فامرأتك طالقي ، قال نعم وأراد جوابه انعقدت يمينه ، لأن الجواب يستدعى إعادة السؤال ، فكأنه قال : نعم امرأتى طالقي إن لم أقض حقي ؛ ولو قال لها : اعتدى اعتدى وقال نويت واحدة صدق ديانة ويقع ثلاثا في القضاء ؛ ولو قال : عנית بالثانية العدة صدق قضاء ؛ ولو قال : نويت بالأولى طلاقا ولم أنو بالثانية والثالثة شيئا فهي ثلاث لأنهما في حال مذاكرة الطلاق فتتعين له .

ومن الكنايات الكتابة ، فإذا كتب طلاق امرأته في كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض لا يقع إلا بنية . وأصله أن الكتابة حروف منظومة تدل على معان مفهومة كالكلام ، وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم قامت مقام قوله في الدعاء إلى الإسلام حتى وجب على كل من بلغته ، فنقول : إذا كتب ما لا يستبين أو كتب في الهواء فليس بشيء ، لأن ما لا يستبين في الكتابة كالحججة (١) والكلام الغير المفهوم ، وإذا كتب ما يستبين فلا يخلو إما إن كان على وجه المخاطبة أولا ، فإن لم يكن على وجه المخاطبة مثل أن يكتب امرأته طالق فانه يتوقف على النية ، لأن الكتابة تقوم مقام الكلام كالكتابة مع الصريح ، وإن كتب على وجه الخطاب والرسالة مثل أن يقول : يا فلانة أنت طالقي ، أو إذا وصل إليك كتابي فأنت طالقي ، فانه يقع به الطلاق من غير نية ، ولا يصدق لأنه مانوى أنه ظاهر فيه ، ثم إن كان بغير تعليق وقع للحال كأنه قال لها أنت طالقي ، وإن كان معلقا بأن كتب إذا جاءك كتابي فأنت طالقي لا يقع حتى يصل إليها ، لأنه علق الوقوع بشرط فلا يقع قبله ، كما إذا علقه بدخول الدار ، فان وصل الكتاب إلى أبيها فزقه . ولم يدفعه إليها إن كان هو المتصرف في أمورها وقع الطلاق لأنه كالوصول إليها ، وإن لم يكن هو المتصرف في أمورها لا يقع وإن أخبرها

(١) الحجاج : الريق ، ومجموع الخط : خلطه وأفسده بالقلم وغيره اهـ مغرب .

وَالْفَاطَةُ الشَّرْطُ : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا مَا وَمَتَّى وَمَتَّى مَا وَكُلُّ وَكُلَّمَا ، فَإِذَا عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقِيْبُهُ وَانْتَحَلَّتِ الْيَمِيْنُ وَانْتَهَتْ إِلَّا فِي كُلَّمَا ؛ وَلَا يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَالِفُ مَالِكًا كَقَوْلِهِ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ؛ أَوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا فَأَنْتِ حُرٌّ ؛ أَوْ يُضَيِّفُهُ إِلَى مَلِكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ أَوْ كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . وَزَوَالُ الْمَلِكِ لَا يَبْطُلُ لِلْيَمِيْنِ ، فَإِنْ وَجِدَ الشَّرْطُ فِي مَلِكٍ انْتَحَلَتْ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَإِنْ وَجِدَ فِي غَيْرِ مَلِكٍ انْتَحَلَتْ وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛ وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي وَجُودِ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ وَالْبَيِّنَةُ لِلْمَرْأَةِ ،

مَا لَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيْهَا لِأَنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ قَالَ (١) (وَألفاظ الشرط : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا مَا وَمَتَّى وَمَتَّى مَا وَكُلُّ وَكُلَّمَا) لأنها مستعملة فيه وضعا . أما إِنْ فشرط محض ليس فيه معنى الوقت وماوراءها فيها معنى الوقت على ما بيناه ؛ وكلمة كل ليست بشرط لأنها يليها الاسم ، والشرط ما يليه الفعل لأنه يتعلق به الجزاء وهو فعل ، إلا أنه لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها ألحق بالشرط مثل قوله : كل عبد اشتريته فهو حر . قال (فإذا علق الطلاق بشرط وقع عقيبه وانحلت اليمين وانتهت) لأن الفعل إذا وجد ثم الشرط فلا تبقى اليمين (إلا في كلما) فإنها لعموم الأفعال ، قال تعالى - كلما نضجت جلودهم - الآية ، وإذا كانت للعموم يلزم التكرار ضرورة حتى تقع الثلاث المملوكات في النكاح القائم ، فلو تزوجها بعد زوج آخر ووجد الشرط لم يقع شيء خلافا لزفر لمقتضى العموم . ولنا أنه إنما علق ما يملكه من الطلاقات ، وقد انتهى ذلك وهو الجزاء فتنهى اليمين ضرورة . قال (ولا يصح التعليق إلا أن يكون الحالف مالكا كقوله لامرأته : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا فَأَنْتِ حُرٌّ ، أَوْ يُضَيِّفُهُ إِلَى مَلِكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ) لأنه لا بد أن يكون الجزاء ظاهرا ليكون مخوفا ليتحقق معنى اليمين وهو القوة على المنع أو الحمل ، ولا ظهور له إلا بأحد هذين . قال (وزوال الملك لا يبطل اليمين) لأنه لم يوجد الشرط (فإن وجد الشرط في ملك انحلت) اليمين (ووقع الطلاق) لأن الشرط وجد والمحل قابل للجزاء فينزل وينتهي اليمين لما مر (وإن وجد في غير ملك انحلت) لوجود الشرط (ولم يقع شيء) لعدم قبول المحل ؛ وفي كلما لا تنحل اليمين بوجود الشرط حتى يقع الثلاث على ما بيناه (وإذا اختلفا في وجود الشرط فالقول للزوج) لأنه منكر ومتمسك بالأصل وهو العدم (والبيينة للمرأة) لأنها مدعية مثبتة .

وَمَا لَا يَعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا ، كَقَوْلِهِ : إِنْ حَضَّتْ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَفَلَانَةٌ ، فَقَالَتْ حَضَّتْ طَلَّقْتُ هِيَ خَاصَّةٌ ، وَكَذَا التَّعْلِيلُ بِمَحَبَّتِهَا ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ كُنْتُ تُحِبُّنِ أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ بِنَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَعَبْدِي حُرٌّ ، فَقَالَتْ أُحِبُّ طَلَّقْتُ وَلَمْ يَعْتِقِ الْعَبْدُ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَلَدَتْ غُلَامًا فَأَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ وَلَدَتْ جَارِيَةً فَثِنْتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا وَلَا يُدْرَى أَيُّهُمَا أَوَّلًا طَلَّقْتُ وَاحِدَةٌ ، وَفِي التَّنْزِهِ ثِنْتَيْنِ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ جَامَعْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَأَوْلَجُهُ وَلَبِثَ سَاعَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أَوْلَجَهُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا تَحْصُلُ الْمُرَاجَعَةُ بِالْإِيلَاجِ الثَّانِي .

قال (وما لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها ، كقوله : إن حضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت حضت طلقت هي خاصة) والقياس أن لا تطلق لأنه شرط كغيره من الشروط . وجه الاستحسان أنها أمانة في ذلك ولا يعرف إلا من جهتها ، وقد اعتبر الشرع قولها في ذلك في العدة والوطء ، فكذا هذا إلا أنه في حق ضررتها شهادة وهي متهمة فلا يقبل قولها وحدها . قال (وكذا التعليق بمحبتها) وهو أن يقول : إن كنت تحبيني فأنت طالق وفلانة ، فقالت أحبك طلقت وحدها (ولو قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق وعبدى حر ، فقالت أحب طلقت ولم يعتق العبد) لما ذكرنا ، ولا يتيقن كذبها لأنها قد تؤثر العذاب على صحبتها لبغضها إياه ؛ ولو قال لها : إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق ، فقالت أحبك وهي كاذبة طلقت . وقال محمد : لا تطلق لأن المحبة إذا علقت بالقلب يراد بها حقيقة الحب ولم يوجد . ولهما أن المحبة فعل القلب فيلغو ذكر القلب فصار كما إذا أطلق ، ولو أطلق تعلق بالإخبار عن المحبة كذا هذا . قال (ولو قال : إن ولدت غلاما ، فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت جارية فثنتين فولدتها ولا يدري أيهما أولاً طلقت واحدة ، وفي التنزه ثنتين) لأن الواحدة متيقنة وفي الثانية شك فلا يقع في القضاء ، والأحوط أن يأخذ بوقوع الثنتين وانقضت العدة بيقين ، لأن الطلاق وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالثاني . قال (ولو قال لها : إن جامعتك فأنت طالق ثلاثا فأولجته ولبث ساعة فلا شيء عليه ، وإن نزعه ثم أولجته فعليه مهر ، ولو كان الطلاق رجعيا تحصل المراجعة بالإيلاج الثاني) وعن أبي يوسف : أنه يجب المهر باللبث في الثلاث ويصير مراجعا به في الواحدة لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لا يجب الحدة للاتحاد . ولهما أن الجماع إدخال الفرج ولا دوام للإدخال . أما إذا أخرج ثم أدخل

وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا لَمْ يَشَأِ اللَّهُ ،
أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ إِنْ وَصَلَ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا
وَاحِدَةً طَلَّقْتَ ثِنْتَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ : إِلَّا ثِنْتَيْنِ طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ؛ وَلَا يَصِحُّ
اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ ، فَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا وَقَعَ الثَّلَاثُ

وَبَطَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ، وَثَلَاثًا إِلَّا أَرْبَعًا وَقَعَ ثَلَاثُ ،
فَقَدْ وَجَدَ الإدْخَالَ بَعْدَ الطَّلَاقِ ، وَلَمْ يَجِبِ الْحَدُّ لَشَبْهِهِ الْإِتِّحَادَ مِنْ حَيْثُ الْمَجْلِسُ وَالْمَقْصُودُ ،
وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْحَدُّ لَمْ يَجِبِ الْعَقْرُ ، لِأَنَّ الْوُطْءَ لَا يَخْلُو عَنْ أَحَدِهِمَا .

فصل

(ولو قال لها : أنت طالق إن شاء الله ، أو ما شاء الله ، أو ما لم يشأ الله ، أو إلا أن
يشاء الله لا يقع شيء إن وصل) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق
أو عتاق وقال إن شاء الله متصلا به لاحث عليه » ولأنه تعليق بشرط لا يعلم وجوده فلا يقع
بالشك ، إذ المعلق بالشرط عديم قبله ، وكذا إذا علقه بمشيئة من لا تعلم مشيئته من الخلق
كالملائكة والشیطان والجن ؛ ويصح الاستثناء موصولا لامفصولا لما روينا ، ولأنه إذا
سكت ثبت حكم الأول ، فيكون الاستثناء أو التعليق بعده رجوعا عنه فلا يقبل ، ولو سكت
قدر ما تنفس أو عطس أو نجس أو كان بلسانه ثقل فطال تردده ثم قال إن شاء الله صح
الاستثناء ، وإن تنفس باختياره بطل ؛ ولو حرك لسانه بالاستثناء صح عند الكرخي
وإن لم يكن مسموعا . وقال الهندواني : لا يصح ما لم يكن مسموعا ؛ ولو قال أنت طالق
فجری على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع كما لو قال أنت طالق فجری لسانه
أو غير طالق ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا ، وثلاثا إن شاء الله ، أو ثلاثا وواحدة إن شاء
الله بطل الاستثناء ، وقالوا : هو صحيح ، وكذا لو قال لعبده : أنت حر وحر إن شاء الله ،
لأن الكلام واحد وإنما يتم بآخره وأنه متصل . ولأبي حنيفة أنه استثناء منقطع لأن قوله
وثلاثا أو واحدة أو حر لغو لا فائدة فيه فكان قاطعا ؛ ولو قال : أنت طالق واحدة وثلاثا
إن شاء الله صح بالإجماع ، وكذلك أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله لأنه لم يتخلل
بينهما كلام لغو (ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ، ولو قال : إلا
ثنتين طلقت واحدة) وأصله أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا لأنه بيان أنه أراد بما تكلم
ما وراء المستثنى (ولا يصح استثناء الكل من الكل) ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا
وقع الثلاث وبطل الاستثناء ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا وقع ثلاث ؛

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً بَطَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ ؛
وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَلَوْ قَالَ إِلَّا
ثَمَانِيَةً فَثِنْتَانِ .

وَمَنْ أَبَانَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ مَاتَ وَرِثَتُهُ إِنْ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ ، وَإِنْ
انْقَضَتْ عِدَّتُهَا لَمْ تَرِثْ .

عند أبي حنيفة ، وعلى قياس قولهما تقع واحدة (١) بناء على ما تقدم (ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء) لأنه استثنى الكل (ولو قال : أنت طالق عشرة إلا تسعة وقعت واحدة ، ولو قال : إلا ثمانية فثنتان) وأصله أنه إذا أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى والكلام كله صحيح فالاستثناء عامل في جملة الكلام ولا يكون مستثنيا من جملة الثلاث التي يصح وقوعها فيقع الاستثناء من جملة الكلام ويقع ما بقي إن كان ثلاثا أو أقل ، لأن الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم . والجملة المتلفظ بها جملة واحدة فيدخل الاستثناء عليها فيسقط ما تضمنه الاستثناء ، وتقع بقية الجملة إن كان مما يصح وقوعه ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة وقعت واحدة لأنه يجعل كل استثناء مما يليه ، فاذا استثنيت الواحدة من الثلاثة بقيت ثنتان ، وإذا استثنيتها من الثلاث بقيت واحدة ، كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين ، فان قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة تقع واحدة لأنه استثنى الواحدة من الثنتين فبقي واحدة فيستثنى من الثلاث يبقى ثنتان يستثنى من الثلاث تبقى واحدة ، وكذا لو قال : عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة تقع ثنتان لأنه استثنى السبعة من الثمانية تبقى واحدة ، ثم استثنى الواحدة من التسعة تبقى ثمانية ، ثم استثنى الثمانية من العشرة تبقى ثنتان ، وعلى هذا جميع هذا النوع ، وتقريبه أن تعقد العدد الأول بيمينك والثاني بيسارك والثالث بيمينك والرابع بيسارك ، ثم أسقط ما اجتمع في يسارك مما اجتمع بيمينك فما بقي فهو الموقع .

فصل

(ومن أبان امرأته في مرضه ثم مات ورثته إن كانت في العدة ، وإن انقضت عدتها لم ترث)

(١) قوله تقع واحدة ، الظاهر أن صوابه يقع ثنتان لا واحدة ، قال في رد المختار وفي الفتح عن المنتقى : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فهي ثلاث عنده لأنه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا ، وعندهما يقع ثنتان كأنه قال ستا إلا أربعا اهـ مصححه .

وَأَنَّ أَبَانَهَا بِأَمْرِهَا ، أَوْ جَاءَتِ الْفُرْقَةُ مِنْ جِهَتِهَا فِي مَرَضِهِ لَمْ تَرِثْ كَالْمُخْتِيرَةِ
وَالْمُخْتِيرَةِ بِسَبَبِ الْحَبِّ وَالْعَنَةِ وَالْبُلُوغِ وَالْعِتْقِ ، وَلَوْ فَعَلْتَ مَا ذَكَرْنَا
مِنْ الْخِيَارَاتِ وَهِيَ مَرِيضَةٌ وَرِثَهَا إِذَا مَاتَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، وَمَرَضُ الْمَوْتِ
هُوَ الْمَرَضُ الَّذِي أَضْنَاهُ وَأَعْجَزَهُ عَنْ الْقِيَامِ بِحَوَائِجِهِ ، فَأَمَّا مَنْ يَجِيءُ
وَيَذْهَبُ بِحَوَائِجِهِ وَيَحْمُ فَلَآ ؛ وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ بِفِعْلِهِ وَقَعَلَهُ
فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ أَوْ بِمَجِيءِ الْوَقْتِ فِي الْمَرَضِ
مِثْلُ قَوْلِهِ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ

وأصله أن الزوجية في مرض الموت سبب يفضي إلى الإرث غالبا ، فابطاله يكون ضررا
بصاحبه ، فوجب ردّه دفعا لهذا الضرر في حق الإرث ما دامت في العدة كما في الطلاق
الرجعي وتعذر إبقاء الزوجية بعد انقضاء العدة لأنه لم يبق له أثر ولا حكم . قال (وإن
أبانها بأمرها ، أَوْ جَاءَتِ الْفُرْقَةُ مِنْ جِهَتِهَا فِي مَرَضِهِ لَمْ تَرِثْ كَالْمُخْتِيرَةِ ، وَالْمُخْتِيرَةِ بِسَبَبِ الْحَبِّ
وَالْعَنَةِ وَالْبُلُوغِ وَالْعِتْقِ) لأننا إنما اعتبرنا قيام الزوجية مع المبتل نظرا لها ، فإذا رضيت
بالمبتل لم تبق مستحقة للنظر فعمل المبتل وهو الطلاق عمله (ولو فعلت ما ذكرنا من
الخيارات وهي مريضة ورثها إذا ماتت وهي في العدة) لأنها ممنوعة من إبطال حقه فبقينا
النكاح في حق الإرث دفعا للضرر عنه إلا في الحب والعنة فإنه لا يرثها لأنه طلاق وهو
مضاف إلى الزوج (ومرض الموت هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بحوائجه ، وهو
فأما من يجيء ويذهب بحوائجه ويحم فلا) وقيل إن أمكنه القيام بحوائجه في البيت وعجز
عنها خارج البيت فهو مريض . وعن أبي حنيفة إذا كان مريض لا يقوم إلا بشدة وتعذر
عليه الصلاة جالسا فهو مريض ، والمحصور والواقف في صف القتال والمحبوس للرجم
والقصاص وراكب السفينة والنازل في مسبعة يخاف الهلاك كالصحيح لأن الغالب فيه
السلامة ، ومن قدم للقصاص والرجم أو بارز رجلا أو انكسرت السفينة وبقى على لوح
أو وقع في فم سبع كالمرضى ، وكذلك المرأة إذا ضربها الطلق . أما المقعد والمفلوج ومن
في معناه كالصحيح ؛ وإذا كان أحد الزوجين ممن لا يرث الآخر كالعبد والمكاتب مع
الحرّة ، والحرّة الكتابية مع المسلم ، فطلقها ثلاثا في مرضه ثم صار في حال يتوارثان
لو لم يقع الطلاق لآثرته ، لأنه لم يتعلق حقها بماله حالة الطلاق فلم يكن فارّا فلا يترتب
(ولو علّق طلاق امرأته بفعله وفعله في المرض ورثت) سواء كان التعليق في الصحة أو المرض
لأنه قصد إضرارها حيث باشر شرط الحنث في المرض ، وسواء كان له بدّ من الفعل أو لم
يكن ، أما إذا كان فظاها ، وأما إذا لم يكن فلائذ له بدّ من التعليق فكان مضافا إليه
(وإن علّقه بفعل أجنبى أو بمجيء الوقت في المرض مِثْلُ قَوْلِهِ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ

فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فَلَانَ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ لَمْ تَرِثْ (ز) ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقَارِبِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدِّينِ وَرِثَتْ (م) .

فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فَلَانَ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ) لِأَنَّهُ قَصْدُ إِضْرَارِهَا بِمُبَاشَرَةِ التَّعْلِيقِ فِي الْمَرَضِ حَالِ تَعْلُقِ حَقِّهَا بِمَالِهِ (وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ لَمْ تَرِثْ) خِلَافًا لِزُفَرٍ ، لِأَنَّ الْمَعْلُقَ بِالشَّرْطِ يَنْزِلُ عِنْدَ الشَّرْطِ فَصَارَ كَالْمَنْجُزِ فِي الْمَرَضِ . وَلِنَا أَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ تَطْلِيقًا عِنْدَ الشَّرْطِ حَكْمًا لِاقْتِصَادٍ وَلَا ظُلْمٍ إِلَّا عِنْدَ الْقَصْدِ (وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حَالٍ) لِأَنَّهَا رَاضِيَةٌ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقَارِبِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدِّينِ وَرِثَتْ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِذَا كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ لَاتَرِثْ لِأَنَّهُ لَا صَنِيعَ لَهُ فِي إِبْطَالِ الشَّرْطِ فَلَمْ يَقْصِدْ إِبْطَالَ حَقِّهَا . وَلَهُمَا أَنَّهَا مُضْطَرَّةٌ إِلَى الْمُبَاشَرَةِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ لِمَا يَتَعَلَّقُ بِتَرْكِهَا مِنَ الْعِقَابِ فِي الْآخِرَةِ وَالضَّرَرِ فِي الدُّنْيَا وَالزَّوْجِ هُوَ الَّذِي أَبْلَاهَا إِلَى الْمُبَاشَرَةِ فَيَنْتَقِلُ فِعْلُهَا إِلَيْهِ وَتَصِيرُ كَالْآلَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الْإِكْرَاهِ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ مَرَضُ الْمَوْتِ إِذَا مَاتَ مِنْهُ ، أَمَا لَوْ بَرَأَتْهُم مَاتَ انْقِطَعَ حَكْمُ الْمَرَضِ الْأَوَّلِ .

فصل في طلاق المجهولة

أَصْلُهُ أَنَّ إِضَافَةَ الطَّلَاقِ إِلَى مَجْهُولَةٍ لَيْسَ إِلَّا تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ فِي الْمَعِينَةِ بِالْبَيَانِ لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ عَلَى مَجْهُولَةٍ وَإِنَّمَا يَقَعُ عَلَى الْمَعِينَةِ ، وَإِنَّمَا يَنْزِلُ بِالْبَيَانِ مَقْصُورًا عَلَيْهِ فَكَانَ لِلْبَيَانِ حَكْمُ الْإِنْشَاءِ فِي حَقِّ الْمَعِينَةِ ، وَالْإِنْشَاءُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِمَلِكِ الْمَحَلِّ ، فَلَوْ قَالَ لَا مَرَاتِيهِ إِحْدَاهَا طَالِقٌ طَلَّقَتْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فِي مَعِينَةٍ مِنْهُمَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ » الْحَدِيثُ ، وَلِأَنَّ الْجَهَالََةَ مَعَ الْخَطَأِ أَجْرِيًا مَجْرَى وَاحِدٍ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا يَمْتَنَعَانِ الْبَيْعَ ، ثُمَّ الطَّلَاقُ يَقَعُ مَعَ الْخَطَرِ فَكَذَا مَعَ الْجَهَالََةِ ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ مَعَ ضَعْفِهِ يَصَحُّ مَعَ هَذَا الضَّرْبِ مِنَ الْجَهَالََةِ حَتَّى جَازَ بَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صَبْرَةٍ فَلَأَنْ يَصَحَّ الطَّلَاقُ مَعَهُ أَوَّلَى ، وَلِلنِّسَاءِ أَنْ يَخَاصِمْنَهُ وَيَسْتَعْدِينَ عَلَيْهِ إِلَى الْقَاضِي حَتَّى يَبَيِّنَ إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا أَوْ بَاطِنًا ، لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَقًّا فِي اسْتِيفَاءِ مَنَافِعِ النِّكَاحِ وَأَحْكَامِهِ ، أَوْ التَّوَصُّلِ إِلَى التَّزْوِجِ بِزَوْجٍ آخَرَ ، وَكَانَ عَلَى الزَّوْجِ الْبَيَانُ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ الْمَجْمَلُ كَمَنْ أَقْرَأَ بِشَيْءٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، وَيَجِبُ بِهِ الْقَاضِي أَنْ يَوْقَعَ الطَّلَاقَ عَلَى مَعِينَةٍ لِتَحْصُلِ الْفَائِدَةِ ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ مِنْ حِينَ بَيَّنَّ لِمَا تَقْدَرُ ،

فان لم يبين حتى ماتت إحداها طلقت الباقية ، لأنه لم يبق من يستحقّ الطلاق غيرها ؛ وإن قال أردت الميتة لم يرثها وطلقت الباقية ، فيصدق في الميتة على نفسه في إسقاط إرثه ، ولا يصدق على الباقية في صرف الطلاق عنها ، فان ماتتا واحدة بعد الأخرى فقال أردت الأولى لم يرث منهما لأنه سقط من الثانية بطريق الحكم ومن الأولى باعترافه ، ولو ماتتا معا ورث من كل واحدة منهما نصف ميراث ، فان قال أردت إحداها سقط حقه من ميراثها ويرث من الأخرى نصف ميراثها لأنه لا يصدق في زيادة الاستحقاق ؛ ولو جامع إحداها تعينت الأخرى للطلاق ، لأن الجماع دليل على تعيين الأخرى للطلاق لاستحالة أن يطلّ المطلقة ، وكذلك لو قبلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها ، لأن هذه الأحكام من خواص الزوجية فصارت كالجماع ؛ ولو طلق إحداها بعينها وعنى به البيان صدق ، وإن لم ينو به البيان تعينت الأخرى للطلاق الأول . وعن محمد : لو كان الطلاق واحدة رجعية لم يكن وطء إحداها بيانا للأخرى ؛ ولو مات الزوج قبل البيان فاليراث بينهما الربع أو الثمن ، لأن إحداها زوجة قطعاً وليست إحداها أولى من الأخرى ؛ ولو طلق إحدى نسائه الأربع ثلاثاً ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هي المطلقة لا يقرب واحدة منهنّ لأنه حرمت عليه إحداهنّ ، ويجوز أن تكون كل واحدة . وقد قال أصحابنا : كل ما يباح عند الضرورة لا يجوز التحريم فيه والفروج من هذا الباب ، ولهذا قالوا : إذا اختلطت الميتة بالمذبوحة إنه ينحرى لأن الميتة تباح عند الضرورة . وإن استمدين عليه إلى الحاكم في النفقة والجماع أعدى عليه وحسبه حتى يبين التي طلق منهن ، ويلزمه نفقتهنّ لأن لكل واحدة منهنّ حقّ المطالبة بأحكام النكاح ، فكان على الحاكم إلزامه إيفاء للحقّ ، ويقضى عليه بنفقتهنّ لأنها تجب للمعتدة وللزوجة . وينبغي أن يطلق كل واحدة طليقة واحدة ، فإذا تزوّجن بغيره جاز له التزوّج بهنّ ، فان لم يتزوّجن فالأفضل أن لا يتزوّج بواحدة ، ولو تزوّج بالثلاث صحّ نكاحهنّ وتعينت الرابعة للطلاق ؛ وليس له أن يتزوّج بالكلّ قبل أن يتزوّجن بزوجة أخرى ، فان تزوّجت واحدة منهنّ بزوجة ودخل بها ثم تزوّج الكلّ ذكر في الجامع أنه يجوز نكاح الكلّ ، لأن الظاهر من حال المتزوّجة إنما هي المطلقة ثلاثاً حيث أقدمت على النكاح للتحليل ؛ ولو ادّعت كل واحدة أنها المطلقة ثلاثاً يحلف الزوج فان نكل وقع على كل واحدة الثلاث ، لأنه بالنكول صار باطلاً أو مقراً بما بالثلاث ، وإن حلف لمنّ فالحكم كما قلنا قبل اليمين . وعن محمد : إذا حلف لإحدى المرأتين طلقت الأخرى ، وإن لم يحلف للأولى طلقت ، وإن تشاحا على اليمين حلف لهما بالله ما طلق واحدة منهما ، فان حلف فالأمر على ما كان ، وإن نكل طلقتا على ما بينا ، فان وطئ

باب الرجعة

الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الْوَطْءَ ، وَلِلزَّوْجِ مُرَاجَعَتُهَا فِي الْعِدَّةِ بِغَيْرِ رِضَاها
وَتَثْبُتُ الرَّجْعَةُ بِقَوْلِهِ ، رَاجَعْتُكَ ، وَرَجَعْتُكَ ، وَرَدَدْتُكَ وَأَمْسَكْتُكَ ،
وَبِكُلِّ فِعْلٍ تَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ،

إحداها فالتى لم يطأها مطلقة حملا لأمره على الصلاح أنه لم يطأها حراما .

باب الرجعة

وهى مصدر رجعه يرجعه رجعا ورجعة : إذا أعاده وردة ، يقال : رجعت الأمر إلى
أوائله : إذا رددته إلى ابتدائه . قال :

عسى الأيام أن يرجعن قوما كالذى كانوا

وفى الشرع ردّ الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التى كانت عليها . قال (الطلاق
الرجعى لا يحرم الوطء) وهو أن يطلق الحرة واحدة أو ثنتين بصريح الطلاق من غير عوض
والدليل عليه قوله تعالى - وبعولتهن أحقّ بردهنّ - والبعل هنا الزوج ، ولا زوج إلا بقيام
الزوجية ، وقيام الزوجية يوجب حلّ الوطء بالنص والإجماع ، ولأن الله تعالى أثبت
للزوج حقّ الردّ من غير رضاها ، والإنسان إنما يملك ردّ المنكوحة إلى الحالة التى كانت
عليها قبل الطلاق فلا يكون النكاح زائدا ما دامت العدة باقية فيحلّ الوطء . قال (وللزوج
مراجعتها فى العدة بغير رضاها) لما تلونا ولا خلاف فيه ، ولأن قوله تعالى - فى ذلك -
أى فى العدة لأنها مذكورة قبله ، ولقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والمراد الرجعة
لأنه ذكره بعد الطلاق ، ثم قال - أو فارقوهنّ بمعروف - ولقوله عليه الصلاة والسلام
لعمر « مر ابنك فليراجعها » . قال (وتثبت الرجعة بقوله : راجعتك ورجعتك
ورددتك ، وأمسكتك) لأنه صريح فيه . قال (وبكلّ فعل تثبت به حرمة المصاهرة من
الجانبيين) لقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والإمسك بالفعل أقوى منه بالقول ، ولأن
الرجعة استدامة النكاح واستبقاؤه وهذه الأفعال تدلّ على ذلك ، وليست الرجعة بابتداء
نكاح على ما زعمه بعضهم ، لأننا أجمعنا على أنه يملكها من غير رضاها ولا يشترط فيها
الإيجاب والقبول ، ولا يجب فيها مهر ولا عوض ، لأنّ العوض إنما يجب عوضا عن ملك
البضع ، والبضع فى ملكه ، ولو كان نكاحا مبتدأ لوجب ، والخلو ليس برجعة ، لأنه
لم يوجد ما يدلّ على الرجعة لا قولاً ولا فعلاً ، ولا يصحّ تعليق الرجعة بالشرط لأنه استدراك
فلا يصحّ بالتعليق كاستقاط الخيار ، ولو قال لها : أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ ، فَإِنْ قَالَ لَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ : كُنْتُ رَاجِعْتُكَ فِي الْعِدَّةِ فَصَدَّقْتَهُ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ لَمْ تَصِحَّ وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا (سم) وَإِنْ قَالَ لَهَا : رَاجِعْتُكَ ، فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ : انْقَضَتْ عِدَّتِي فَلَا رَجْعَةَ (سم) وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الْأُمَةِ : رَاجِعْتُهَا فِي الْعِدَّةِ وَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى (سم) ، وَكَذَّبَتْهُ الْأُمَةُ أَوْ بِالْعَكْسِ فَلَا رَجْعَةَ ،

ونوى الرجعة صحَّ وإلا فلا ، ويستحبُّ أن يعلمها بالرجعة لتتخلص من قيد العدة ، وإن لم يعلمها جاز ؛ وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها لأنه لا يجوز للمعتدة الخروج من منزلها ، فإذا راجعها لم تبقى معتدة فيجوز لها الخروج ، وإليه الإشارة بقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - . قال (ويستحبُّ أن يشهد على الرجعة) لأن النصوص الدالة على الرجعة خالية عن قيد الشهادة ، ولما تقدّم أنها استدامة للنكاح ، والشهادة ليست بشرط حالة الاستدامة ، وإنما استحبابه تحرزا عن التجاكد ، وهو محمل قوله تعالى عقيب ذكر الرجعة والطلاق - وأشهدوا ذوي عدل منكم - وهكذا هو محمول في الطلاق أيضا توفيقا بينه وبين النصوص الدالة على جواز الرجعة ووقوع الطلاق الحالية عن قيد الإشهاد (فإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة فصدقته صحت الرجعة ، وإن كذبت لم تصح) لأنه متهم في ذلك وقد كذبت فلا يثبت إلا بينة ، فإذا صدقته ارتفعت التهمة (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وقد سبقت في الدعوى بتوفيق الله تعالى (وإن قال لها : راجعتك ، فقالت مجيبة له : انقضت عدتي فلا رجعة) وقالوا : تصحَّ الرجعة لأن الرجعة لا تتوقف على قبولها ، فلما قال راجعتك صحت الرجعة لأن الظاهر بقاء العدة ، ولهذا لو قال طلقتك ، فقالت قد انقضت عدتي وقع الطلاق فصار كما إذا سككت ساعة ثم قالت . ولأبي حنيفة أنها لما أخبرت بانقضاء عدتها فالظاهر تقدم انقطاع الدم على ذلك لأنها أخبرت بلفظ الماضي ، والظاهر أنها صادقة ، وأقرب أوقات الماضي وقت قوله ، ومسئلة الطلاق على الخلاف ، ولئن سلمت فنقول : الطلاق يقع بناء على إقراره ، ولو أقرَّ بعد انقضاء العدة حكم به ، بخلاف ما إذا سككت ساعة لأنها تثبت الرجعة بسكوته فلا يقبل قولها بعد ذلك . قال (وإذا قال زوج الأمة : راجعتك في العدة وصدقه المولى وكذبت الأمة أوبالعكس فلا رجعة) وقالوا : إذا صدقه المولى صحت الرجعة لأنه أقرَّ له بما هو خالص حقه فصار كما إذا أقرَّ عليها بالنكاح . ولأبي حنيفة أن القول قولها في العدة والرجعة تبني عليها ؛ وأما إذا كذبه المولى وصدقته فعن أبي حنيفة روايتان ، والفرق على إحدى الروايتين أن العدة منقضية في الحال وصار ملك المتعة للمولى

وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِي الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ ، وَإِنْ انْقَطَعَ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ أَوْ تَتَيَّمَّ وَتُصَلِّيَ (مز) ، وَفِي الْكِتَابِيَّةِ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ بِمَجْرَدِ انْقِطَاعِ الدَّمِ ، فَإِنْ اغْتَسَلْتَ وَنَسِيتَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عَضْوِ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ ، وَلَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ ، وَإِنْ كَانَ عَضْوًا لَمْ تَنْقَطِعْ ، وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلَةٌ وَقَالَ : لَمْ أَجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ بَعْدَ الْحُلُوءِ الصَّحِيحَةِ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ ؛

فَلَا تَمْلِكُ إِبْطَالَهُ . قَالَ (وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِي الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ) لِأَنَّهُا خَرَجَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ فَقَدْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ (وَإِنْ انْقَطَعَ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ حَتَّى تَغْتَسِلَ ، أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ ، أَوْ تَتَيَّمَّ وَتُصَلِّيَ) لِاحْتِمَالِ عَوْدِ الدَّمِ فَلَا بَدَّ مِنْ دُخُولِهَا فِي حُكْمِ الطَّاهَرَاتِ وَذَلِكَ بِالْغُسْلِ أَوْ بِمَضْيِ وَقْتُ صَلَاةٍ لِأَنَّهُ تَصِيرُ مَخَاطَبَةً بِهَا ، وَهُوَ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهَرَاتِ ، وَكَذَا إِذَا تَيَّمَّمَتْ وَصَلَتْ ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ تَنْقَطِعَ بِمَجْرَدِ التَّيْمِمِ ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَزَفَرٍ ، لِأَنَّ التَّيْمِمَ كَالْغُسْلِ عِنْدَ عَدَمِ الْمَاءِ . وَجِهَ الْإِسْتِحْسَانُ أَنَّ التَّيْمِمَ إِنَّمَا اعْتَبِرَ طَهَارَةُ ضَرُورَةٍ كَيْلَا تَتَضَاعَفَ عَلَيْهِ الْوَاجِبَاتُ ، أَمَا إِنَّهُ مَطْهُرٌ فِي نَفْسِهِ فَلَا بَلَّ هُوَ مَلُوثٌ ، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ تَتَحَقَّقُ إِذَا أَرَادَتِ الصَّلَاةُ لِأَقْبَلِ ذَلِكَ وَلَا كَذَلِكَ الْغُسْلُ ، وَلَوْ تَيَّمَّمَتْ وَقَرَأَتِ الْقُرْآنَ أَوْ مَسَّتِ الْمَصْحَفَ أَوْ دَخَلَتِ الْمَسْجِدَ . قَالَ الْكَرْخِيُّ : انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ لِأَنَّهُ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهَرَاتِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ : لَا لِأَنَّهُا لَيْسَتْ مِنْ أَحْكَامِ الصَّلَاةِ وَلَوْ اغْتَسَلَتْ بِسُورِ الْحِمَارِ انْقَطَعَتْ ، وَلَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ أَخْذًا بِالْإِحْتِيَاظِ (وَفِي الْكِتَابِيَّةِ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ بِمَجْرَدِ انْقِطَاعِ الدَّمِ) لِأَنَّهُ لَا غُسْلَ عَلَيْهَا فَصَارَتْ كَالْمُسْلِمَةِ إِذَا اغْتَسَلَتْ (فَإِنْ اغْتَسَلَتْ وَنَسِيتَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عَضْوِ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَلَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ) لِأَنَّهُ قَلِيلٌ يَتَسَارِعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ فَلَمْ نَتَيَقَّنْ بِعَدَمِ غُسْلِهِ ، فَقَلْنَا بِانْقِطَاعِ الرَّجْعَةِ وَعَدَمِ حُلِّ الزَّوْجِ أَخْذًا بِالْإِحْتِيَاظِ (وَإِنْ كَانَ عَضْوًا لَمْ تَنْقَطِعْ) لِأَنَّهُ كَثِيرٌ لَا يَتَسَارِعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ فَافْتَرَقَا ، وَالْمُضْمِضَةُ وَالِاسْتِنْشَاقُ كَالْعَضْوِ عِنْدَ أَبِي يُونُسَ لِأَنَّ الْحَدَّثَ بَاقٍ فِي عَضْوِ . وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا لَوْ قُوعُ الْإِخْتِلَافِ فِي فَرْضِيَّتِهِمَا فَيَنْقَطِعُ حَقُّ الرَّجْعَةِ ، وَلَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ إِحْتِيَاظًا . قَالَ (وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلَةٌ وَقَالَ لَمْ أَجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ) وَكَذَا إِذَا وَلَدَتْ مِنْهُ لِأَنَّ الْحَبْلَ وَالْوِلَادَةَ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ حَبْلُهُ مِنْهُ يَجْعَلُ مِنْهُ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » وَإِذَا كَانَ مِنْهُ كَانَ وَاطِنًا ، وَالطَّلَاقُ بَعْدَ الْوُطْءِ يَعْقِبُ الرَّجْعَةَ (وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ بَعْدَ الْحُلُوءِ الصَّحِيحَةِ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ) لِأَنَّ الرَّجْعَةَ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِعَقِيبِ الطَّلَاقِ فِي مَلِكٍ مُتَأَكَّدٍ بِالْوُطْءِ ، وَقَدْ أَقَرَّ بِعَدَمِ الْوُطْءِ فَيُثْبِتُ فِيهَا لَهُ وَالرَّجْعَةُ حَقُّهُ ، بِخِلَافِ الْمَهْرِ

وإذا قال لها : إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت آخر من بطن أخرى فهي رجعة ، والمطلقة الرجعية تتشوف وتزین ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذيها ، وله أن يتزوج مطلقته المبانة بدون الثلاث في العدة وبعددها ، والمبانة بالثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ، ويدخل بها ثم تبين منه ، ولا تحل للأول بملك اليمين ولا بوطء المولى والشرط هو الإيلاج دون الإنزال ،

لأن وجوبه بناء على تسليم المبدل لأعلى قبضه . قال (وإذا قال لها : إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت آخر من بطن أخرى فهي رجعة) لأن الطلاق وقع بالولد الأول ، والولد الآخر يكون من علوق آخر في العدة حملا لحالهما على الصلاح فيصير مراجعا بالوطء لأنها لم تقر بانقضاء عدتها . قال (والمطلقة الرجعية تتشوف وتزین (١)) لقيام النكاح بينها وبين الزوج على ما بينا ، والرجعة مستحبة والزينة حاملة عليها فتجوز (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذيها) إذا لم يكن قصده الرجعة لاحتمال أن يقع نظره عليها وهي متجردة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدة . قال (وله أن يتزوج مطلقته المبانة بدون الثلاث في العدة وبعددها) لأن حل المحلية باق إذ زواله بالثالثة ولم توجد ، وإنما لا يجوز لغيره في العدة تحرزا عن اشتباه الأنساب وهو معدوم في حقه (والمبانة بالثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم تبين منه) لقوله تعالى - فان طلقها - يعني الثالثة - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والنكاح المطلق ، الشرع ينصرف إلى الصحيح حتى لو دخل بها في نكاح فاسد لا تحل للأول ، وقوله - حتى تنكح - يقتضى الدخول لما ذكرنا أن النكاح الشرعى هو الوطء ولقوله زوجا ونكاح الزوج لا يكون إلا بالوطء ، ويدل عليه الحديث المشهور وهو ما روى في الصحيح « أن عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظي كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها ثلاثا فجاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقالت : يا رسول الله إني كنت تحت رفاعة فطلقني فبت طلاق ، فزوجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدية الثوب ، فتبسم صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدن أن ترجعى إلى رفاعة ؟ قالت : نعم ، فقال : حتى يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته » وسواء دخل بها في حيض أو نفاس أو إحرام لحصول الدخول (ولا تحل للأول بملك اليمين ولا بوطء المولى) لأن الشرط نكاح زوج غيره ولم يوجد (والشرط هو الإيلاج دون الإنزال) لحصول نكاح زوج غيره ، والحديث ورد

(١) التشوف خاص بالوجه ، والتزین عام بالبدن فهو من عطف العام على الخاص .

وَأَنْ يَكُونَ الْمُحْلَلُ يُجَامَعُ مِثْلُهُ ، فَانْ تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ كَرِهَ (س) وَحَلَّتْ لِلأَوَّلِ (سم) ، وَالزَّوْجُ الثَّانِي يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ (مز) ، وَلَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ : قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَعَلِمْتُ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا .

باب الإيلاء

على غالب الحال ، فإن الغالب في الجماع الإنزال أو نقول الكتاب غري عن ذكر الإنزال فلا يزداد عليه . قال (و أن يكون المحلل يجامع مثله) سواء كان مراهقا أو بالغا لوجود الشرط وهو الإيلاج ، ولا يجوز صغير لا يقدر على الإيلاج لعدم الوطء المراد من النكاح . قال (فإن تزوجها بشرط التحليل كره وحلت للأول) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأنه كالزوجة ولا تحل للأول لفساده . وقال محمد : هو جائز لشروط الجواز ولا تحل للأول لأنه عجل ما أخره الشرع فيعاقب بالمنع كقتل المورث . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » ومراده النكاح بشرط التحليل فيكره لأحد حديث ونحل للثاني لأنه عليه الصلاة والسلام سماه محلا وهو المثلث للحل ، أو نقول وجد الدخول في نكاح صحيح ، لأن النكاح لا يفسد بالشرط فتحل للأول ، ولو تزوجها بقصد التحليل ولم يشترطه حلت للأول بالإجماع ، والطلقتان في الأمة كالثلاث في الحرمة لما مر . قال (والزواج الثاني يهدم مادون الثلاث) وصورته إذا طلق امرأته طلاقا أو طلقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها ثم تزوجها الأول عادت إليه بثلاث طلاقات ، وهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما هدم الثلاث . وقال محمد وزفر : تعود إلى الأول بما بقي من الثلاث في النكاح الأول ، لأن الزوج الثاني إنما يثبت الحل إذا انتهى ، والحل لم ينته لأنها تحل له بالعقد قبله فلا يكون مثبتا له . ولنا أنه وطء من زوج ثان فرفع الحكم المتعلق بالطلاق كما في الثلاث . قال (ولو طلقها ثلاثا فقالت : قد انقضت عِدَّتِي وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) لأنه إن كان أمرا دينيا فقول الواحد فيه مقبول كرواية الأخبار والإخبار عن القبلة وطهارة الماء ، وإن كان معاملة فقول الواحد مقبول في المعاملات على ما عرف ، وتماه يعرف في باب العدة إن شاء الله تعالى .

باب الإيلاء

وهو في اللغة : مطلق اليمين ، قال :

قليل الألباء حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت

إِذَا قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ ، أَوْ لَا أَقْرَبُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُؤَلٍّ ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ ، فَإِنْ قَرَّبَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ حَنْثٌ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ وَبَطُلَ الْإِيْلَاءُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْهَا وَمَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بَانَتْ بِتَطْلِيْقَةٍ ؛

وفي الشرع : اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مخصوصة ، وقيل الحلف على ترك الوطء المكسب للطلاق عند مضي أربعة أشهر ، فالاسم الشرعي فيه معنى اللغة . وألفاظه صريح وكناية ، فالصريح لا يحتاج إلى نية مثل قوله : لا أقربك ، لأجامعك ، لأطوك ، لأغتسل منك من جنابة ، لأقتضك إن كانت بكرا . والكناية : لأمسك ، لا آتيك ، لأدخل بك ، لأغشاك ، لا يجمع رأسي ورأسك شيء ، لا أبيت معك على فراش ، لأضاجعك ، لأقرب فراشك ونحوه ، ولا بد فيه من النية . وقال محمد : إذا قال : والله لا يمسّ جلدي جللك لا يكون موليا لأنه يقدر على جماعها بغير مماسة بأن يلفّ على ذكره حريرة ولأنه يحنث بغير الجماع ، والمولى من يقف حنثه على الجماع خاصة . والأصل أن المولى من لا يمكنه قربان امرأته إلا بشيء يلزمه لأن حرمة الوطء إنما تنتهي بالحنث والحنث موجب للكفارة أو بشيء يلزمه ، ولا يكون الإيلاء إلا بالحلف على ترك الجماع في الفرج لأن حقها في الجماع في الفرج فيتحقق الظلم . قال (إذا قال : والله لا أقربك ، أو لا أقربك أربعة أشهر فهو مول) والأصل فيه قوله تعالى - للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر - الآية ، فتكون مدة الإيلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، إذ لو كانت المدة أقل من ذلك أو أكثر لم يكن في التنصيص على الأربعة فائدة . قال (وكذلك لو حلف بحجٍّ أو صومٍ أو صدقةٍ أو عتقٍ أو طلاقٍ) مثل أن يقول : إن قربتك فله على الحجّ ، أو يقول : فله على صوم كذا ، أو يجعل الجزاء صدقة ، أو عتق عبد ، أو طلاقها أو طلاق غيرها ، لأن اليمين موجودة في ذلك كله ، لأن اليمين بغير الله تعالى شرط وجزاء ، لأن المقصود منها الحمل أو المنع ، وهذه الأشياء توجب ذلك لما تتضمنه من المشقة ، ولأنه لا يمكنه قربانها إلا بشيء يلزمه ، وإذا وجدت اليمين فقد وجدت الإيلاء فدخل تحت التنصيص ولو قال : إن قربتك فعلى أن أصلي ركعتين أو أغزو لم يكن موليا . وقال محمد : هو مول لأنه يصحّ إيجابها بالنذر كالصوم والصدقة . ولهما أن الصلاة ليست في حكم اليمين حتى لا يحلف بها عادة فصار كصلاة الحنازة وسجدة التلاوة (فان قربها في الأربعة الأشهر حنث) لوجود شرطه (وعليه الكفارة) لأن الحنث موجب للكفارة (وبطل الإيلاء) لما بينا أن اليمين تنحل بالحنث (وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانّت بتطليقة) هذا مذهب عامة الصحابة وتفسير قوله تعالى - فان عزموا الطلاق - أي عزموا الطلاق بالإيلاء

فَإِنْ كَانَتْ الْيَمِينُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَقَدْ انْحَلَّتْ ، وَإِنْ كَانَتْ مُؤَبَّدَةً فَانْ عَادَ
فَتَزَوَّجَهَا عَادَ الْإِبْلَاءُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي بَيْنَا ، فَانْ وَطِئَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ
مِنْ وَقْتِ التَّزْوُجِ حَنْثٌ وَإِلَّا وَقَعَتْ أُخْرَى ، فَانْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا فَكَذَلِكَ ،
فَانْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ فَلَا إِبْلَاءَ ، فَانْ وَطِئَ كَفَرَ لِلْحَنْثِ ؛ وَأَقْلُ
مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ فِي الْحَرَّةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، وَمُدَّةُ إِبْلَاءِ الْأَمَةِ شَهْرَانِ ؛ وَإِنْ آتَى
مِنْ الْمُطَلَّقةِ الرَّجْعِيَّةِ فَهُوَ مُوَلٍ ، وَمَنْ الْبَائِنَةُ لَا ،

السابق وهي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه ، وعنه وعن ابن عباس رضي الله عنهم :
عزم الطلاق أنقضاء الأربعة الأشهر من غير فيء . وقراءة ابن مسعود رضي الله عنه - فان
فاعوا فيهن - أى في الأربعة الأشهر ، ولأنه تعالى قال - للذين يؤلون - ثم قال - فان فاعوا ،
وإن عزموا الطلاق - وهذه الفاء للتقسيم ، فأحد القسمين يكون في المدّة وهو النوى ،
والآخر بعدها وهو الطلاق كقوله تعالى - وإذا طلقتم النساء - ثم قال - فأمسكوهن بمعروف
أو سرّحوهن - لما ذكر المدّة وجاء بالفاء كان للتقسيم ، وكان الإمساك وهو الرجعة
في المدّة والتسريح وهو البينونة بعدها فكذلك هنا . قال (فان كانت اليمين أربعة أشهر
فقد انحلت) لانقضاء المدّة (وإن كانت مؤبدّة ، فان عاد فتزوّجها عاد الإبلاء على الوجه
الذى بينا) لبقاء اليمين ، لأن اليمين لا تنتهى إلا بالحنث أو بمضى المدّة المؤقتة ، وإنما لم يقع
طلاق آخر قبل التزوّج ، لأن الحرمة مضافة إلى البينونة لا إلى الإبلاء فلم يوجد المنع باليمين
فاذا تزوّجها ارتفعت الحرمة الثابتة بالبينونة وبقيت حرمة الإبلاء ، فوجد منع الحقّ فترتب
عليه حكمه (فان وطئها في الأربعة الأشهر من وقت التزوّج حنث وإلا وقعت أخرى)
لما بينا (فان عاد فتزوّجها فكذلك) لما مرّ (فان تزوّجها بعد زوج آخر فلا إبلاء) معناه :
أنه لا يقع الطلاق بمضى المدّة لانتهاؤه ما كان يملكه من الطلاق في النكاح الأوّل وفيه خلاف
زفر وقد تقدم ، إلا أن اليمين باقية لعدم الحنث (فان وطئ كفر للحنث) قال (وأقلّ مدّة
الإبلاء في الحرّة أربعة أشهر) فلو آتَى أقلّ من أربع أشهر لا يكون مولياً ، لقول ابن عباس
رضي الله عنهما : لا إبلاء فيما دون أربعة أشهر ، ولما مرّ (ومدّة إبلاء الأمة شهران) لما
عرف أن الرقّ منصف ، وأنها مدة ضربت للبينونة فتتنصف كالعدة ، والآية تناولت
الحرائر دون الإماماء ، لأن اسم النساء والزوجات عند الإطلاق ينصرف إلى الحرائر دون الإماماء
لأن معنى الأزواج في الإماماء ناقص ، لأن للمولى أن يستخدمها ولا يبوّتها بيت الزوج ،
والاسم عند الإطلاق ينصرف إلى الكامل ، فان اعتقت في مدّة الإبلاء تصير أربعة أشهر
كما في العدة . قال (وإن آتَى من المطلقة الرجعية فهو مولٍ ، ومن البائنة لا) لقيام الزوجية

وَأَنَّ قَالَ : لَا أَقْرَبُكَ شَهْرَيْنِ بَعْدَ شَهْرَيْنِ فَهُوَ مُؤَلٍ ؛ وَلَوْ قَالَ : لَا أَقْرَبُكَ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا فَلَيْسَ بِمُؤَلٍ (ز) ،

وحلّ الوطء في الأولى على ما بينا دون الثانية ، فكانت الأولى من نساءهم دون الثانية ؛ ولو حلف لا يقرب زوجته وأمه ، أو زوجته وأجنبية لا يصير موليا ما لم يقرب الأجنبية أو أمته ، فإذا قربها صار موليا ، لأنه لا يمكنه قربانها بعد ذلك إلا بالكفارة ؛ ولو قال لهما : لا أقرب أحدا كما لا يكون موليا كما إذا قال لزوجته وأمه : أحدا كما طالق ، فإن قرب أحدهما لزمته الكفارة للحنث ؛ ولو قال لهما : لا أقرب واحدة منكما كان موليا من امرأته ، لأن النكرة في النفي تعم ، ولو قرب واحدة منهما حنث ؛ ولو قال : أنت على مثل امرأة فلان ، وقد كان فلان آلى من امرأته ، فإن نوى الإيلاء كان موليا وإلا فلا ؛ ولو قال : أنت على كالميتة ونوى اليمين يكون موليا لأنه بمنزلة الكناية ؛ ولو آلى من امرأته ثم قال لأخرى : أشركتك في إيلاء هذه لا يصير موليا ، بخلاف الطلاق والظهار ، لأنه لو اشتركا في الإيلاء يتغير حكم الإيلاء وهو لزوم الكفارة بقربان الأولى وحدها ، وإذا صح الاشتراك لتجب الكفارة ما لم يقربهما ، ولا يمكن تغيير اليمين بعد انعقادها ، ولا كذلك الطلاق والظهار . وعن الكرخي : لو قال لامرأته : أنت على حرام ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها كان موليا منهما ، لأن إثبات الشركة هنا لا يغير موجب اليمين وهو إثبات الحرمة ، فانه لو قال : أنما على حرام كان موليا من كل واحدة منهما على حدة ، ويلزمه بوطء كل واحدة كفارة ، بخلاف قوله : والله لا أقربكما لأنه إيلاء لما يلزمه من هتك حرمة الاسم وذلك لا يتحقق إلا بقربانها ؛ وإذا آلى العبد من امرأته فلكته لا يبق الإيلاء ، فلو باعته أو أعتقته ثم تزوجها عاد الإيلاء كما إذا حلف بعق عبده إن وطئها فباعه ثم استردّه عاد الإيلاء ؛ ولو قال : إن قربتك فكل مملوك أملكه في المستقبل حرّ فهو مول . وقال أبو يوسف : لا يكون موليا لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بأن يقربها ولا يتملك مملوكا أصلا . ولهما أنه لا يقدر على الامتناع عن جميع أسباب التمليكات كالإرث ، إذ في الامتناع عن الجميع مشقة ومضرة ، وعلى هذا لو قال : فكل امرأة أتزوجها فهي طالق ، وعلى هذا إذا علق وطأها بعق عبد بعينه ، لأبي يوسف أنه يقدر على وطئها بغير شيء يلزمه بأن يبيعه ثم يطأها . ولهما أنه لا يوصل إلى ذلك إلا بالحنث غالبا أو بالبيع وأنه مشقة أيضا (وإن قال : لا أقربك شهرين بعد شهرين فهو مول) لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ؛ ولو سكت ساعة ثم قال : وشهرين بعد الشهرين الأولين لا يكون موليا ، لأن ابتداء اليمين الثانية حين حلف فقد تخلل بين الأربعة الأشهر وقت ليس موليا فيه فلم توجد مدة الإيلاء . قال (ولو قال : لا أقربك سنة إلا يوما فليس بمول)

وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ ، أَوْ هُوَ مَحْجُوبٌ ، أَوْ هِيَ رَتْقَاءُ أَوْ صَغِيرَةٌ ، أَوْ بَيْنَهُمَا مَسِيرَةٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، أَوْ مَحْبُوسًا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، فَقَالَ فِي مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ : فِثْتُ إِلَيْهَا سَقَطَ الْإِبْلَاءُ إِنْ اسْتَمَرَّ الْعُذْرُ مِنْ وَقْتِ الْحَلْفِ إِلَى آخِرِ الْمُدَّةِ ، فَإِذَا قَدَّرَ عَلَى الْجِمَاعِ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْمُدَّةِ لَزِمَهُ الْفَتَى بِالْجِمَاعِ ؛

خلافًا لزفر ، وهو يصرف اليوم إلى آخر السنة كالإجارة فصار كما إذا تلفظ به . ولنا أنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وذلك في اليوم المستثنى وهو يوم منكر له أن يجعله أى يوم شاء ، فإن قربها وقد بقى من السنة أربعة أشهر صار مولىا لسقوط الاستثناء بخلاف الإجارة لأنه يصرف إلى آخر السنة تصحيحا لها لأنها لاتصح مع التنكير .

فصل

(وإذا كان أحد الزوجين مريضا لا يقدر على الجماع ، أو هو محبوب ، أو هي رتقاء ، أو صغيرة ، أو بينهما مسيرة أربعة أشهر ، أو محبوسا لا يقدر عليها ، فقال في مدة الإبلاء : فثت إليها سقط الإبلاء إن استمر العذر من وقت الحلف إلى آخر المدة) روى ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه .

اعلم أن النوى عبارة عن الرجوع ، يقال : فاء الظل : إذا رجع ، ولما قصد المولى باليمين منع حقها من الوطء سمي الرجوع عنه فيثا ، قال تعالى - فان فاءوا - أى رجعوا عن قصدهم ، والنوى نوعان بالجماع والقول عند عدمه ؛ فالنوى بالجماع يبطل الإبلاء في حق الطلاق والحنث جميعا ، والنوى باللسان بدل عن النوى بالجماع في إبطال الطلاق دون الحنث حتى لو قربها بعد ذلك لزمته الكفارة ؛ والبدل إنما يعتبر حالة العجز عن الأصل فيعتبر لعجز عن الجماع مستداما من وقت الإيلاج إلى تمام المدة ، حتى لو قدر على الجماع في بعض المدة ففويؤه الجماع لاغير ، لأنه لما قدر عليه ولم يفعله فالتقصير جاء من قبله فلا يعتبر عاجزا ، روى ذلك عن عليّ وابن عباس وابن مسعود وجماعة من التابعين رضى الله عنهم . وصفة النوى أن يقول : فثت إليك أو رجعت إليك . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقول : اشهدوا أنى قد فثت إلى امرأتى وأبطلت إيلاءها ، وهذه الشهادة احتياطا احترازا عن التجاحد لاشطرا ، وهذا لأنه أوحشها بالكلام بذكر المنع فيرضيها بالرجوع عنه حقيقة بالوطء ، فإذا لم يقدر عليه يرضيها بغاية ما يقدر عليه وهو الوعد باللسان فيرتفع الظلم (فإذا قدر على الجماع بعد ذلك في المدة لزمه النوى بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالحلف ؛ ولو آلى من امرأته وبينهما أقل من أربعة أشهر إلا أنه يمنعه

وَأِنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ ، فَإِنْ أَرَادَ الْكَذِبَ صَدَقَ ، وَإِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ ، وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ فَظَّهَارٌ (م) وَإِنْ أَرَادَ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ يَرِدْ شَيْئًا فَهُوَ إِيْلَاءٌ .

باب الخلع

وَهُوَ أَنْ تَفْتَدِيَ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا بِمَالٍ لِيَخْلَعَهَا بِهِ ، فَإِذَا فَعَلَتْ لَزِمَهَا الْمَالُ وَوَقَعَتْ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ ،

السلطان أو العدو أو كان أحدهما محرما واستمر الإحرام أربعة أشهر لا يصح فيؤه إلا بالجماع لأنه قادر عليه . وقال زفر : في الإحرام فيؤه القول ، لأن المنع من جهة الشرع وهو الحرمة فكان عذرا . قلنا الحرمة حق الشرع ، والوطء حقها ، وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره . قال (وإن قال لامرأته : أنت على حرام فإن أراد الكذب صدق) لأنه حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق لأنه يمين ظاهرا (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) لأنه من الكنایات (وإن نوى الثلاث فثلاث) وقد مر (وإن أراد الظهار فظهار) لأن في الظهار نوع حرمة وقد نواه بالمطلق فيصدق لأنه من باب الحجاز . وقال محمد : لا يكون ظهارا لعدم التشبيه بالحرمة (وإن أراد التحريم أو لم يرد شيئا فهو إيلاء) لأن تحريم الحلال يمين هذا هو الأصل وموضعه كتاب الأيمان ، والمتأخرون من أصحابنا صرفوا لفظة التحريم إلى الطلاق حتى قالوا يقع بغير نية ، وألحقوه بالصريح لكثرة الاستعمال فيه والعرف .

باب الخلع

وهو في اللغة : القلع والإزالة ، قال تعالى - فاخلع نعليك - ومنه خلع القميص إذا أزاله عنه ، وخلع الخلافة : إذا تركها وأزال عنه كلفها وأحكامها . وفي الشرع : إزالة الزوجية بما تعطيه من المال ، وهو في إزالة الزوجية بضم الخاء ، وإزالة غيرها بفتحها ، كما اختص إزالة قيد النكاح بالطلاق وفي غيره بالإطلاق . قال (وهو أن تفتدي المرأة نفسها بمال ليخلعها به ، فإذا فعلا لزمها المال ووقعت تطليقة بائنة) والأصل في جوازه قوله تعالى - فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به - وإنما تقع تطليقة بائنة لقوله عليه الصلاة والسلام « الخلع تطليقة بائنة » ولأنه كناية فيقع به بائنا لما مر ولا يحتاج إلى نية ، إما لدلالة الحال ، أو لأنها ما رضيت ببذل المال إلا لتملك نفسها وتخرج من نكاحه ، وذلك بالبينونة وهو مذهب عمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضى الله عنهم ؛ والخلع من جانبه تعليق الطلاق بقبولها فلا يصح رجوعه عنها ، ولا يبطل بقيامه من المجلس

وَيَكْرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا إِنْ كَانَ هُوَ النَّاشِزَ ، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ النَّاشِزَةَ كَرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا حَلٌّ لَهُ ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ بَائِنًا وَيَلْزَمُهَا الْمَالُ بِالتَّزَامِهَا ، وَمَا صَلَحَ مَهْرًا صَلَحَ يَدْلًا فِي الْخُلْعِ ، فَإِذَا بَطَلَ الْبَدَلُ فِي الْخُلْعِ كَانَ بَائِنًا وَفِي الطَّلَاقِ يَكُونُ رَجْعِيًّا ؛

ويصح مع غيبتها ، فإذا بلغها كان لها خيار القبول في مجلس علمها ، ويجوز تعليقه بالشرط والإضافة إلى الوقت كقوله : إذا قدم فلان أو إذا جاء فلان فقد خالعتك على ألف يصح ، والقبول إليها إذا قدم فلان أو جاء غد ، والخلع من جانبها تمليك بعوض كالبيع فيصح رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها من المجلس ، ولا يتوقف حال غيبته ، ولا يجوز التعليق منها بشرط ولا الإضافة إلى وقت ؛ ولو خالعتها بألف على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل ، وإن قال على أنها بالخيار فكذلك عندهما لأن الخلع طلاق ويمين ولا خيار فيهما . وعند أبي حنيفة الخيار لها صحيح ، فإن ردت في الثلاث بطل الخلع ، لأن الخلع طلاق من جانبها تمليك من جانبها فيجوز الخيار لها دونه . قال (ويكره أن يأخذ منها شيئاً إن كان هو الناشز) قال تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً - فحملناه على الكراهية عملاً بالنص الأول ، وقيل هي نهى تزيخ لا تحريم (وإن كانت هي الناشزة كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاه) لما روى « أن جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول ، وقيل حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس ، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله لا أنا ولا هو ، فأرسل رسول الله إلى ثابت ، فقال : قد أعطيتها حديقة ، فقال لها : أتردين عليه حديقته وتملكين أمرك ؟ فقالت نعم وزيادة ، قال : أما الزيادة فلا ، فقال عليه الصلاة والسلام : يا ثابت خذ منها ما أعطيتها ولا تزد واخل سبيلها ، ففعل وأخذ الحديقة ، فنزل قوله تعالى - ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً - إلى قوله - فلا جناح عليهما فيما افدت به - » (وإن أخذ منها أكثر مما أعطاه حل له) بمطلق الآية . قال (وكذلك إن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق بائناً) لما قلنا (ويلزمها المال بالتزامها) ولأنه ما رضى بالطلاق إلا ليسلم له المال المسمى ، وقد ورد الشرع به فيلزمها . قال (وما صلح مهرها صلح بدلاً في الخلع) لأن البضع حال الدخول متقوم دون حال الخروج ، فإذا صلح بدلاً للمتقوم فلأن يصلح لغير المتقوم أولى . قال (فإذا بطل البدل في الخلع كان بائناً ، وفي الطلاق يكون رجعي) وذلك مثل أن يخالعتها على خمر أو خنزير أو ميتة ونحوه ؛ أما وقوع الطلاق فلا لأنه علقه بقبولها وقد وجد ؛ وأما البينونة في الخلع فلا لأنه كناية ، والرجعي في الطلاق

وإن قالت : خالعتني على ما في يدي وليس في يديها شيء فلا شيء عليها ؛
 وكو قالت : على ما في يدي من مال ، أو على ما في بيتي من متاع ولا شيء
 في يديها ولا متاع في بيتها ردت عليه مهرها ؛ ولو خلع ابنته الصغيرة على
 مالها لا يلزمها شيء ، وفي الكبيرة يتوقف على قبولها ، ولو ضمن المال
 لزمه في المسألتين ؛

لأنه صريح ولا يجب للزوج عليها شيء ، لأن البضع لا قيمة له عند الخروج وهي ما سمت
 له مالا فيغتر به ، ولأنه لا سبيل إلى المسمى للإسلام ولا إلى غيره لعدم الالتزام ، بخلاف
 النكاح ، لأن البضع متقوم حالة الدخول ، ومهر المثل كالمسمى شرعا ، وبخلاف ما إذا
 خالعه على هذا الدن من الحل فاذا هو خمر لأنها سمت له مالا فاغتر به ، وبخلاف العتق
 والكتابة على خمر حيث تجب قيمة العبد لأنه ملك متقوم وما رضى بخروجه بغير عوض ،
 ولا كذلك البضع حالة الخروج على ما بينا ؛ ولو خلعها على عبد فاذا هو حر رجع بالمهر .
 وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا ؛ ولو خلعها على ثوب ولم يسم جنسه ، أو على دابة
 فله المهر ، وفي العبد الوسط كما في المهر ، وكذا على ثوب هروى فطلع مرويا يرجع بهروى
 وسط ، ولو خلعها على دراهم معينة فاذا هي ستوقه رجع بالحياد ، ولا يرد بدل الخلع
 إلا بعيب فاحش كما في المهر ؛ ولو خلعها بغير مال وقال لم أنو الطلاق صدق لأنه كناية ،
 ولا يصدق إذا كان على مال ، لأن البدل لا يجب إلا بالبيونة (وإن قالت : خالعتني على
 ما في يدي وليس في يديها شيء فلا شيء عليها) وكذا لو قالت : على ما في بيتي ولا شيء
 في بيتها لأنها لم تسم المال لم تغره (ولو قالت : على ما في يدي من مال ، أو على ما في بيتي
 من متاع ولا شيء في يديها ولا متاع في بيتها ردت عليه مهرها) والأصل في ذلك أنه متى
 أطمعته في مال متقوم فلم يسلم له لفقده وعدمه رجع عليها بالمهر لأنها غرتة حيث أطمعته
 في مال ، والمغرور يرجع على الغار بالمبدل ، فاذا فات المشروط المطمع فيه زال ملكه
 مجانا فيلزمها أداء المبدل وهو ملك البضع ، وقد عجزت عن رده فيلزمه رد قيمته وهو
 المهر ؛ ولو خالعه بما لها عليه من المهر ولم يبق لها عليه شيء من المهر لزمها رد المهر ،
 وإن علم الزوج أن لامهر لها عليه ولا متاع لها في البيت لا يلزمها شيء ؛ ولو قالت : على
 ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ولا شيء في يديها لزمها ثلاثة دراهم لأنها سمت الدراهم
 وأقل الجمع ثلاثة . قال (ولو خلع ابنته الصغيرة على مالها لا يلزمها شيء) لأنه لا نظر
 لها فيه ، إذ البدل متقوم والمبدل لا قيمة له على ما بينا (وفي الكبيرة يتوقف على قبولها)
 لأنه لا ولاية له عليها فصار كالفضولي (ولو ضمن المال لزمه في المسألتين) لأن شرط بدلي
 الخلع على الأجنبي جائز فعلى الأب أولى ؛ ولو اختلعت الصغيرة نفسها على صداقتها وقع

وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا ثُلُثُ الْأَلْفِ ، وَلَوْ
عَالَتْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سم) وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ
لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛
وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَبِلَتْ طَلَّقَتْ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سم) ،

الطلاق لأنه علقه بقبولها ، ولا يسقط الصداق لأنها ليست من أهل الالتزام لما فيه من الضرر ،
ولو خلعها أبوها على صداقها لا يسقط ، ثم إن قبلت الصغيرة الخلع وقع الطلاق ، وإن
قبل الأب فيه روايتان : في رواية لا يقع لأنه كالأجنبي إذا لم يصف البدل إلى نفسه ،
ويحتمل أن الخلع مضرة بها فلا يقوم قبوله مقام قبولها . وفي رواية يقع لأنه نفع محض
بالخلاص عن عهده فصار كقبول الهبة ، ولو ضمن الأب الصداق رجع الزوج عليه وإلا
فلا ، وكذلك الأجنبي لأنه متى ضمن البدل فالخلع يتم بقبوله لا بقبولها لأنه يجب البدل عليه
بالترامه من ملكه ولا يجب عليه إلا إذا وقع العقد معه . قال (ولو قالت : طلقني ثلاثا
بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف ، ولو قالت : على ألف فطلقها واحدة فلا شيء
عليها وهي رجعية) وقالوا : هما سواء لأن على كالباء في المعاوضات ، لأن قوله اعمل
هذا بدرهم وعلى درهم سواء . ولأبي حنيفة أن حرف الباء للمعاوضة وهي تصحب الأعواض
فينقسم العوض على المعوض ، وإذا وجب المال كانت بائنة ، أما على فإنها للشرط
قال تعالى - يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا - أي بهذا الشرط ، وكذا لو قال : أنت
طالق على أن تدخل الدار كان شرطا ، والمشروط لا ينقسم على أجزاء الشرط ، لأن وجوب
الألف صار معلقا بالتطبيق ثلاثا فلا يلزم قبله ، لأن المعلق عدم قبل وجود الشرط ، وإذا
لم يجب المال فقد طلقها بصريح الطلاق فكانت رجعية (ولو قال لها : طلق نفسك ثلاثا
بألف أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شيء) لأنه ما رضى بالبينونة إلا ليسلم له جميع
الألف بخلاف المسألة الأولى لأنها لما رضيت بالبينونة بالألف فلأن ترضى ببعضها كان
أولى (ولو قال لها : أنت طالق عليك ألف فقبلت طلقت ولا شيء عليها) وكذلك إن
لم تقبل ، وقالوا : إن قبلت فعليها الألف ، وإلا لا شيء عليها ، لأن هذا الكلام يستعمل
للمعاوضة ، يقال : اعمل هذا ولك درهم كقوله بدرهم ، وله أن قوله عليك ألف
لا ارتباط له بما قبله ، إذ الأصل ذلك ولا دلالة على الارتباط ، لأن الطلاق يوجد بدون
المال ، بخلاف البيع والإجارة فانهما لا ينفكان عن وجوب المال ؛ ولو قال لعبد : أنت
حرّ عليك ألف فعلى الخلاف ؛ ولو قالت له : اخلعني على ألف فقال مجيبا لها : أنت
طالق كان كقوله خلعتك ؛ ولو قال : بعت منك طلاقك بمهر ك ، فقالت : طلقت
نفسى بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت ؛ ولو قال : بعت منك تطلقه ، فقالت

وَالْمُبَارَاةُ كَالْخُلْعِ يُسْقِطَانِ كُلَّ (سَم) حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ حَتَّى لَوْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَدْ قَبِضَتِ الْمَهْرَ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ وَيُعْتَبَرُ خُلْعُ الْمَرِيضَةِ مِنَ الثَّلَاثِ .

اشترت تقع واحدة رجعية مجانا لأنه صريح . قال (والمباراة كالخلع يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء) ولو لم تقبض شيئا لا يرجع عليه بشيء ؛ ولو خالعا على مال آخر لزمها وسقط الصداق . وقال محمد : لا يسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع شيخه في المباراة . لمحمد أنه تعذر العمل بحقيقة اللفظين على ما يأتي فجعلنا كناية عن الطلاق على مال فلا يجب إلا ما سمياه . ولأبي يوسف أن المباراة مفاعلة من البراءة وقضيتها البراءة من الجانين مطلقا ، إلا أنا اقتصرنا على ما وقعت المباراة لأجله وهو حقوق النكاح . أما الخلع فيقتضي الانحلال ، وقد حصل الانحلال من النكاح فلا حاجة إلى حقوقه . ولأبي حنيفة أن الخلع عبارة عن الانحلال والانتزاع على ما مر في أول الباب ، والمباراة كما قال أبو يوسف تقتضي الانحلال والبراءة من الجانين ، ونفس النكاح لا يحتل الانحلال والبراءة ، وحقوقه تقبل ذلك فتقع البراءة عنها ليحصل ما هو المقصود من الخلع وهو انقطاع المشاجرة بين الزوجين ، أو نقول يعمل باطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه بدلالة العوض ، ولو وقع الخلع بلفظ البيع والشراء فالأصح أنه يوجب البراءة عند أبي حنيفة ولو اختلعا ولم يذكر المهر ولا بدلا آخر فالصحيح أنه يسقط ما بقي من المهر وما قبضته فهو لها ، وإن ذكرنا نفقة العدة سقطت وإلا فلا لأنها لم تجب بعد ، ولا تقع البراءة عن نفقة الولد وهي ماثونة الرضاع إلا بالشرط لأنها لم تجب لها ، فان شرط البراءة منها في الخلع ووقتا بأن قال إلى سنة أو سنتين سقطت ، فان مات الولد قبل تمام المدة رجع عليها بما بقي من أجر مثل الرضاع إلى تمام المدة ، والحيلة لعدم الرجوع أن يقول : خالعتك على كذا ، أو على نفقة الولد إلى سنتين ، فان مات في بعض المدة فلا رجوع لي عليك . قال (ويعتبر خلع المريضة من الثلث) لأنه لا قيمة للبضع عند الخروج ، وليس من الحوائج الأصلية فكان كالوصية ، وهذا إذا ماتت بعد العدة أو قبل الدخول ؛ فأما إذا ماتت وهي في العدة فللزوجة الأقل من الميراث ، ومن المهر إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من ميراثها ومن الثلث .

فصل

إذا اختلصت المكاتب لزمها المال بعد العتق لأنه تبرع ، وسواء كان باذن المولى أو بغير

باب الظهار

وَهُوَ أَنْ يُشَبَّهَ امْرَأَتُهُ أَوْ عُضْوًا يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ بَدَنِهَا أَوْ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا بِعُضْوٍ لَا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْ أَعْضَاءٍ مَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ، وَحُكْمُهُ : حُرْمَةُ الْجَمَاعِ وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يُكْفَرَ ،

إِذْه لِأَنَّهَا مُحْجُورَةٌ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ ؛ وَلَوْ اخْتَلَعَتِ الْأُمَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى تَزْمَهُمَا لِلْحَالِ وَإِذَا خَلَعَ الْأُمَةُ مَوْلَاهَا مِنْ زَوْجِهَا الْحَرَّ عَلَى رَقَبَتِهَا صَحَّ الْخُلْعُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ؛ وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ مَكَاتِبًا أَوْ عَبْدًا أَوْ مَدْبِرًا جَازَ الْخُلْعُ وَصَارَتْ أُمَةٌ لِلْسَيِّدِ ، وَالْفَرْقُ أَنَّهَا تُصِيرُ مَمْلُوكَةً لِلْمَوْلَى فَلَا يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ ، وَفِي الْحَرِّ لَوْ صَارَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ بَطَلَ النِّكَاحُ فَيُبْطَلُ الْخُلْعُ .

أَمَّا تَحْتَ حَرِّ خُلْعِهِمَا الْمَوْلَى عَلَى رَقَبَةٍ إِحْدَاهُمَا بَعِينًا بَطَلَ الْخُلْعُ فِيهَا وَصَحَّ فِي الْأُخْرَى وَيَقْسَمُ الثَّمَنُ عَلَى مَهْرَمَا ، فَمَا أَصَابَ مَهْرَ التِّي صَحَّ خُلْعُهَا فَهُوَ لِلزَّوْجِ مِنْ رَقَبَةِ الْأُخْرَى ، وَلَوْ خُلِعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى رَقَبَةِ الْأُخْرَى وَقَعَ الطَّلَاقَانِ بَائِنِينَ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، لِأَنَّهُ قَارَنَ وَقَوَّعَ الطَّلَاقَ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ وَقَوَّعَ الْمَلِكُ فِي رَقَبَتِهَا فَتَعَذَّرَ لِإِجْبَابِ الْعَوْضِ ، وَلَوْ طَلَّقَ كُلُّ وَاحِدَةٍ عَلَى رَقَبَةِ صَاحِبَتِهَا يَقَعُ رَجْعِيًّا .

باب الظَّهَار

وَهُوَ فِي اللُّغَةِ مُشْتَقٌّ مِنْ لَفْظِ الظَّهَرِ ، يُقَالُ : ظَاهَرَ يَظَاهِرُ ظَهَارًا ، وَأَصْلُهُ قَوْلُ الرَّجُلِ لَامْرَأَتِهِ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي ، ثُمَّ انْتَقَلَ إِلَى غَيْرِهِ مِنَ الْأَعْضَاءِ ، وَإِلَى غَيْرِهَا مِنَ الْحَرَمَاتِ (وَهُوَ أَنْ يُشَبَّهَ امْرَأَتُهُ أَوْ عُضْوًا يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ بَدَنِهَا) كَالرَّأْسِ وَالْوَجْهِ (أَوْ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا) كَالثَّلَاثِ وَالرَّبْعِ (بَعْضُو لَا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَيْهِ) كَالظَّهَرِ وَالْفَخْذِ وَالْبَطْنِ وَالْفَرْجِ ، لِأَنَّ الْكُلَّ فِي مَعْنَى الظَّهَرِ فِي الْحَرَمَةِ (مِنْ أَعْضَاءٍ مَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا عَلَى التَّأْيِيدِ) كَأُمِّهِ وَبَنْتِهِ وَجَدَّتِهِ وَعَمَّتِهِ وَخَالَاتِهِ وَأَخْتَهُ وَغَيْرَهُنَّ مِنَ الْحَرَمَاتِ عَلَى التَّأْيِيدِ ، لِأَنَّ الْكُلَّ كَالْأُمِّ فِي تَأْيِيدِ الْحَرَمَةِ (وَحُكْمُهُ : حُرْمَةُ الْجَمَاعِ وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يُكْفَرَ) تَحَرُّزًا عَنِ الْوُقُوعِ فِيهِ كَمَا فِي الْإِحْرَامِ ، بِخِلَافِ الْحَيْضِ فَإِنَّهُ يَكْثُرُ وَقَوُّعُهُ فَيُحْرَجُ وَلَا كَذَلِكَ الظَّهَارُ ، وَكَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ طَلَاقًا فَجَعَلَهُ الشَّرْعُ مُوجِبًا حَرَمَةً مُتَنَاهِيَةً بِالْكَفَّارَةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ خَوْلَةَ بِنْتِ ثَعْلَبَةَ ، وَقِيلَ بِنْتُ خُوَيْلِدٍ كَانَتْ تَحْتَ أَوْسَ بْنِ الصَّامِتِ وَكَانَا مِنَ الْأَنْصَارِ فَأَرَادَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ ، فَقَالَ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي فَكَانَ أَوَّلَ ظَهَارٍ فِي الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ نَدِمَ وَكَانَ الظَّهَارُ طَلَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، فَقَالَ : مَا أَظْنُكَ إِلَّا قَدْ حَرَمْتَ عَلَيَّ ، فَقَالَتْ : وَاللَّهِ مَا ذَاكَ بِطَّلَاقٍ ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ : إِنَّ أَوْسًا تَزَوَّجَنِي وَأَنَا شَابَةٌ غَنِيَّةٌ ذَاتُ مَالٍ وَأَهْلٌ ، حَتَّى

فإن جامع قبل التكفير استغفر الله تعالى ، والعود الذي تجب به الكفارة أن يعزّم على وطئها ، ويتنبغي لها أن تمتنع نفسها منه وتطالبه بالكفارة ويحبره القاضي عليها ؛ ولو قال : أنت على مثل أمي أو كأمي ،

إذا أكل مالى وأفنى شبابى وتفرّق أهلى وكبرت سنى ظاهر منى وقد ندم ، فهل من شيء يجمعنى وإياه تنعشنى به ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : حرمت عليه ، فجعلت تراجع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإذا قال لها : حرمت عليه هتفت وقالت : أشكو إلى الله فاقضى وشدة حالى ، وأن لى صبية صفارا إن ضممتهم إليه ضاعوا ، وإن ضممتهم إلى جاعوا ، وجعلت تقول : اللهم إني أشكو إليك ، اللهم فأنزل على لسان نبيك ، فتعشى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحى كما كان يتغشاها ، فلما سرى عنه قال : يا خولة قد أنزل الله فيك وفى أوس قرآنا وتلا - قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها - الآيات ، والظهار جائز لمن يجوز طلاقه من المسلمين لأن كل واحد منهما يوجب حرمة الزوجة ، ولا يكون من المطلقة بائنا لأنها حرام عليه . قال (فإن جامع قبل التكفير استغفر الله تعالى) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا ظاهر من امرأته فرأى خلخالها فى القمر فوق وقع عليها ، ثم جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك ، فقال له استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ، ولأنه فعل فعلا محرّما والأفعال المحرّمة توجب الاستغفار ولا شيء عليه غيره ، لأنه لو كان لبيته عليه الصلاة والسلام ، ولا يحلّ قربانها بعد زوج آخر ولا بملك اليمين حتى يكفر لقوله تعالى - فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا - قال (والعود الذى تجب به الكفارة أن يعزّم على وطئها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تعد حتى تكفر » نهى عن الوطء إلى غاية التكفير فتنهى حرمة الوطء بالتكفير (وينبغي لها أن تمتنع نفسها منه لأنه حرام وتطالبه بالكفارة ويحبره القاضي عليها) إيفاء لحقها ، وكلّ ما لا يصدق القاضي فيه لا يسع المرأة أن تصدّقه فيه ، فلو قال أردت الإخبار عما مضى بكذب لم يصدق قضاء وصدق ديانة ؛ ولو قال : أنا منك مظاهر ، أو ظاهرت منك يصير مظاهرا لأنه صريح فيه ؛ ولو شبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه أو بابتة مزنيته فهو مظاهر عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على أن القاضي إذا قضى بجواز نكاحها ينفذ عند محمد خلافا لأبى يوسف . وسئل محمد عن المرأة تقول لزوجها : أنت على كظهر أمي ؟ قال : ليس بشيء ، لأن المرأة لا تملك التحريم كالطلاق . وسئل أبو يوسف فقال : عليها الكفارة ، لأن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهى من أهل الكفارة فصحّ أن توجبها على نفسها . وسئل الحسن بن زياد فقال : هما شيخا الفقه أخطئا ، عليها كفارة يمين ، لأن الظهار يقتضى التحريم فكأنها قالت لزوجها : أنت على حرام ، فوجب عليها كفارة يمين إذا وطئها (ولو قال : أنت على مثل أمي أو كأمي)

فَإِنْ أَرَادَ الْكَرَامَةَ صُدِّقَ ، وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ فَظَهَرَ ، وَإِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قَالَ لِنِسَائِهِ : أَنْتَنَ عَلَى كَظْهَرِ أُمِّي فَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ ، وَإِنْ ظَاهَرَ مِنْهَا مِرَارًا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي مَجَالِسٍ فَعَلَيْهِ لِكُلِّ ظَهَارٍ كَفَّارَةٌ .
وَالْكَفَّارَةُ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُجْزَى فِيهَا مُطْلَقُ الرَّقَبَةِ السَّلِيمَةِ ، وَلَا يُجْزَى الْمُدَبِّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ

فهو كناية يرجع إلى نيته (فإن أراد الكرامة صدق) لأن ذلك من محتملات كلامه وهو مشهور بين الناس (وإن أراد الظهار فظهار) لأنه شبهها بجميعها ، وفي ذلك تشبيه بالعضو المحرم فيصح عند نيته (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) ويصير تشبيها لها في الحرمة كأنه قال : أنت على حرام (وإن لم يكن له نية فليس بشيء) لأنه كناية يحتمل وجوها فلا يتعين أحدها إلا بمرجح . وقال محمد : هو ظهار لأنه تشبيه حقيقة والتشبيه بالعضو . ظهار ، فالتشبيه بالكل أولى . وعن أبي يوسف إن كان في حالة الغضب فهو ظهار ، وإن عني به التحريم فهو لإيلاء إثباتا لأدنى الحرمتين . وعند محمد ظهار ، وقيل ظهار بالإجماع . وإن نوى الكذب قال محمد في نوادر هشام : يدين إلا أن يكون في حالة الغضب فهو يمين ؛ وإن قال : أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا فظهار للتشبيه ، وإن نوى طلاقا فطلاق للتحريم ، وإن نوى التحريم فظهار ، وإن لم يكن له نية فإيلاء . وعند محمد ظهار وقد مر وجهها (ولو قال لنسائه : أنتن على كظهر أمي فعليه لكل واحدة كفارة) لأنه يصير مظاهرا من كل واحدة منهن بإضافة الظهار إليهن ، كما إذا قال : أنتن طوالق تطلق كل واحدة منهن ، وإذا كان مظاهرا من كل واحدة منهن تثبت الحرمة في كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعدد الحرمة (وإن ظاهر منها مرارا في مجلس واحد أو في مجالس فعليه لكل ظهار كفارة) كما في تكرار اليمين . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا قال لامرأته : أنت على كظهر أمي مائة مرة وجبت عليه مائة كفارة وهو حالف مائة مرة .

فصل

(والكفارة عتق رقبة) قبل المسيس للنص (يجزى فيها مطلق الرقبة السليمة) فينطلق على المسلم والكافر والذكر والأنثى والصغير والكبير عملا بالإطلاق ، وهو قوله تعالى - فتحريز رقبة - والرقبة عبارة عن الذات المرقوقة المملوكة من كل وجه ، وعند الإطلاق ينصرف إلى السليمة ، فن قيدها بوصف زائد فقد زاد على النص "فرد" عليه . قال (ولا يجزى المدبر وأم الولد) لأن الرق فيهم ناقص لاستحقاقهم العتق بجهة أخرى ؛

والمكاتب الذي أدّى بعض كتابته ، ولا مقطوع اليدين أو إيهاميهما أو الرجلين ، ولا الأعمى ولا الأصم ولا الأخرس ولا المجنون المطبق ولا معتق البعض ؛ وإن اشترى أباه أو ابنه ينوى الكفارة أجزأه ؛ وإن أعتق نصف عبده ثم جامعها ثم أعتق باقيه لم يجزه (سم) ، وإن لم يجمع بين الإعتاقين أجزأه ؛

(و) لا (المكاتب الذي أدّى بعض كتابته) لأنه شبه العتق ببدل ، ويجوز المكاتب الذي لم يؤد شيئا ، لأن الرق قائم به ، قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وما ذكرناه من المعنى فيمن أدّى البعض منتف ، على أنه روى عن أبي حنيفة أنه يجوز من أدّى البعض أيضا لأنه عبد بالحديث حتى لو فسخت الكتابة عاد رقيقا ، بخلاف أم الولد والمدبر فإن ذلك لا يفسخ أصلا . قال (ولا مقطوع اليدين أو إيهاميهما أو الرجلين ، ولا الأعمى ولا الأصم ولا الأخرس ولا المجنون المطبق) لأن جنس المنفعة تفوت في هؤلاء ، وهو البطش والسعى والسمع والبصر والانتفاع بالجوارح بالعقل والمجنون فائت المنفعة ، وبطش اليدين بالإيهامين ففوتهما تفوت جنس المنفعة وأنه مانع ؛ لأن قيام الرقبة بقيام المنفعة وإذا فات جنس المنفعة صارت الرقبة هالكة من وجه فكانت ناقصة فلا يتناولها الاسم ، أما إذا اختلت المنفعة فليس بمانع ، لأن العيب القليل ليس بمانع لتعذر الاحتراز عنه ، وذلك كالأعور ومقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين من خلاف ، ولا يجوز إذا قطعا من جانب واحد لقوات جنس منفعة الشيء ، ولا يجوز المعتوه والمفلوج اليابس الشق لما بينا ، وثلاثة أصابع من اليدها حكم الكل ، ويجوز عتق الخصى والمحجوب لأن ذلك يزيد القيمة لا ينقصها ، ويجوز مقطوع الأذنين لأنه لا ضرر فيه ، ويجوز مقطوع الشفتين إن كان يقدر على الأكل وإلا فلا (ولا) يجوز (معتق البعض) لأنه ليس برقبة كاملة . قال (وإن اشترى أباه أو ابنه ينوى الكفارة أجزأه) لأن شراء القريب إعتاق ، قال عليه الصلاة والسلام « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتره فيعتقه » أخبر عليه الصلاة والسلام أن الابن قادر على إعتاق الأب فيكون قادرا تصديقا له فيما أخبر ، ولا يقدر على إعتاقه قبل الشراء لعدم الملك ولا بعد الشراء لأنه يعتق عليه بالشراء ، فيكون نفس الشراء إعتاقا ، فإذا نوى بالشراء الكفارة يصير إعتاقا عن الكفارة فيصح ويجزئه (وإن أعتق نصف عبده ثم جامعها ثم أعتق باقيه لم يجزه) عنده . وعندهما مجزئه بناء على تجزئ الإعتاق ، فعندهما لما أعتق نصفه كان إعتاقا للجميع ، وعنده لا فقد أعتق النصف قبل المسيس والنصف بعده ، والشرط أن يكون الإعتاق قبل المسيس فلا يجزئه فيستأنف عتق رقبة أخرى (وإن لم يجمع بين الإعتاقين أجزأه) بالإجماع ، أما عندهما فظاهر ،

وَالْعَبْدُ لَا يُعْزِزُهُ فِي الظَّهَارِ إِلَّا الصَّوْمُ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَا يَعْتَقُ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا رَمَضَانُ وَيَوْمَا الْعِيدِ وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ ، فَإِنْ جَامَعَهَا فِي الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا يَعْذُرُ أَوْ بَغِيرِ عُدْرٍ اسْتَقْبَلَ (س) ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِيعِ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مُسْكِينًا ، وَيُطْعَمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ أَوْ قِيَمَةِ ذَلِكَ ، فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جَازَ ،

وأما عنده فلائنه أعتقه بكلامين ، وما حصل فيه من النقص حصل بسبب الإعتاق للكفارة وأنه غير مانع ، كما إذا أصابت السكين عين شاة الأضحية وقد أضجعها للذبح ؛ وعلى هذا لو أعتق نصف عبد مشترك لا يجوزته موسرا كان أو معسرا بناء على ما مر ، وعندهما إن كان موسرا أجزاءه ، لأنه يملك نصيب شريكه بالضمان وكان معتقا للكل ، وإن كان معسرا لا يجوزته ، لأن السعاية وجبت للشريك في نصيبه فلم يوجد منه عتق الجميع . قال (والعبد لا يجوزته في الظهار إلا الصوم) لأنه عاجز عن الإعتاق والإطعام لأنه لا يملك شيئا ، قال عليه الصلاة والسلام « لا يملك العبد إلا الطلاق » . قال (فان لم يجد) المظاهر (ما يعتق صام شهرين متتابعين) لقوله تعالى - فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأما - . قال (ليس فيهما رمضان ويوما العيد وأيام التشريق) أما رمضان فلائنه يقع عن الفرض لتعينه على ما مر في الصوم فلا يقع عن غيره ؛ وأما الباقي فلائ الصوم فيها حرام فكان ناقصا فلا يتأدى به الواجب . قال (فإن جامعها في الشهرين ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا بعذر أو بغير عذر استقبل) لقوله تعالى - من قبل أن يتأما - وقال أبو يوسف : إن جامع ليلا عامدا أو نهارا ناسيا لم يستأنف لأن ذلك لا يمنع التتابع حتى لا يفسد به الصوم . وجوابه أن النص شرط كونه قبل المسيس وأنه ينعدم بالمسيس فيستأنف ، ولو حاضت المرأة في كفارة الصوم لاستقبل ، وإن أفطرت لمرض استقبلت ، ولو حاضت في كفارة اليمين استقبلت ، لأن الحيض يتكرر في كل شهر ولا كذلك المرض . وعن محمد : لو صامت شهرا ثم حاضت ثم أيست استقبلت . وعن أبي يوسف : لو حبلت في الشهر الثاني بنت ، ومن له دين ليس له غيره ولا يقدر على استخلاصه كفر بالصوم ؛ ولو حث موسرا ثم أعسر أو بالعكس فالمعتبر حالة التكفير ، ولو أيسر في خلال الصوم أعتق كالمتميم إذا وجد الماء في صلاته . قال (فإن لم يستطع الصيام أطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى - فن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - (ويطعم كما ذكرنا في صدقة الفطر) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سهل بن صخر أو أوس بن الصامت « لكل مسكين نصف صاع من بر » ولأنه لحاجة المسكين في اليوم فاعتبرت بصدقة الفطر . قال (أو قيمة ذلك) لما مر في دفع القيم في الزكاة . قال (فإن غدَّاهم وعشَّاهم جاز) قال تعالى - فإطعام ستين مسكينا - وهو التمكين

وَلَا بُدَّ مِنْ شَبْعِهِمْ فِي الْأَكْلَتَيْنِ ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِدَامِ فِي خُبْزِ الشَّعِيرِ دُونَ
الْحَنْطَةِ ، وَلَوْ أَطْعَمَ مَسْكِينًا سِتِينَ يَوْمًا أَجْزَأَهُ ، وَإِنْ أَعْطَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ
عَنِ الْكُلِّ أَجْزَأَهُ عَنْ يَوْمٍ وَاحِدٍ ، فَإِنْ جَامَعَهَا فِي خِلَالِ الْإِطْعَامِ لَمْ يَسْتَأْنِفْ ،
وَمَنْ أَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ أَوْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَطْعَمَ مِائَةَ وَعِشْرِينَ مَسْكِينًا
عَنْ كَفَّارَتِي ظَهَارِ أَجْزَأَهُ عَنْهُمَا وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ ، وَإِنْ أَطْعَمَ سِتِينَ مَسْكِينًا
كُلَّ مَسْكِينٍ صَاعًا مِنْ بَرٍّ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ وَاحِدَةٍ (م) ،

من الطعم (ولا بد من شبعهم في الأكلتين) اعتبارا للعادة (ولا بد من الإدام في خبز
الشعير دون الحنطة) لأنه لا يتمكن من الشبع في خبز الشعير دون الإدام فانه قلما ينساغ
دونه ، ولا كذلك خبز الحنطة . وعن أبي حنيفة رحمه الله : لو غداهم وعشاهم خبزا وإداما
أو خبزا بغير إدام أو خبز الشعير أو سويفا أو تمرًا جاز ، ولو غداي ستين وعشي ستين
غيرهم لم يجزه إلا أن يعيد على ستين منهم غداء أو عشاء ؛ ويجوز غداءان أو عشاءان
أو عشاء وسحور ، وكذا لو غداهم يوما وعشاهم يوما آخر لوجود أكلتين مشبعتين ، ولو
عشاهم في رمضان لكل مسكين ليلتين أجْزَأَهُ ، والمستحب غداء وعشاء ؛ ولو أطعم كل
مسكين مدا فعليه أن يعطيه مدا آخر ، ولا يجوز أن يعطيه غيرهم لأن الواجب شيان :
مراعاة عدد المساكين ، والمقدار في الوظيفة لكل المسكين . قال (ولو أطعم مسكينا) واحدا
(ستين يوما أجْزَأَهُ) لأن المعتبر دفع حاجة المسكين وأنها تتجدد بتجدد اليرم (وإن أعطاه
في يوم واحد عن الكل أجْزَأَهُ عن يوم واحد) لاندفاع الحاجة بالمرة الأولى ، وهذا لاختلاف
فيه في الإباحة ، فأما التملك منه في يوم واحد في دفعات قبل لا يجزئه ، وقيل يجزئه لأن
الحاجة إلى التملك تتجدد في اليوم مرّات ؛ ولو دفع الكل إليه مرة واحدة لا يجوز لأن
التفريق واجب بالنص . قال (فإن جامعها في خلال الإطعام لم يستأنف) لأن النص
لم يشترط في الإطعام قبل المسيس ، إلا أنا أوجبناه قبل المسيس لاحتمال القدرة على الإعتاق
أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا ينافي المشروعية . قال (ومن أعتق
رقبتين ، أو صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكينا عن كفّارتي ظهار أجْزَأَهُ
عنهما وإن لم يعين) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى التعيين . وقال زفر رحمه الله : لا يجوز
عن واحدة منهما ما لم يعتق عن كل واحدة واحدة لأنه لما أعتق عنهما انقسم كل إعتاق عليهما
فيقع العتق أشقا صا عن كل واحدة ، فلا يجوز كما إذا اختلف الجنس . ولنا أن الواجب
تكميل العدد دون التعيين ، إذ التعيين لا يفيد في الجنس الواحد على ما عرف ، بخلاف
اختلاف الجنس ، لأن التعيين مفيد فيه فيشترط (وإن أطعم ستين مسكينا كل مسكين
صاعا من برٍّ عن كفّارتين لم يجزه إلا عن واحدة) وقال محمد رحمه الله : عنهما ، وإن أطعم

وَأَنْ أَعْتَقَ وَصَامَ عَنْ كَفَّارَتِي ظِهَارٍ فَلَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّمَا شَاءَ .

باب اللعان

وَيَجِبُ بِقَذْفِ الزَّوْجَةِ بِالزَّنَا أَوْ بِنَفْسِ الْوَلَدِ إِذَا كَانَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ مِمَّنْ يُحَدُّ قَازِفُهَا وَطَالِبَتُهُ بِذَلِكَ ،

ذلك عن ظهار وإفطار أجزأه عنهما بالإجماع ، وعليه قياس محمد رحمه الله ، وهذا لأن بالموثدي وفاء بهما ، والمصروف إليه محل لهما فيقع عنهما وصار كما إذا فرق الدفع . ولهما أن النية تعتبر في الجنسين لافي جنس واحد ، وإذا لغت النية في الجنس الواحد بقي أصل النية فيجزى عن الواحدة كما إذا قال عن كفارة ظهار (وإن أعنت وصام عن كفارتي ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) لأن النية معتبرة عند اختلاف الجنس .

باب اللعان

وهو مصدر لاعن يلاعن ملاءنة كقاتل يقاتل مقاتلة ، والملاءنة مفاعلة من اللعن ، ولا يكون هذا الوزن إلا بين اثنين ، إلا ما شذ كراهقت الحلم وطارقت النعل وعاقبت اللص ونحوه ، وهو لفظ عام . وفي الشرع هو مختص بملاءنة تجرى بين الزوجين بسبب مخصوص بصفة مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى ، وهو شهادات مؤكدة بالإيمان موثقة باللعن والغضب من الله تعالى كما نطق به الكتاب ، وقد كان موجب القذف في الحد في الأجنبية والزوجة بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية فنسخ في الزوجات إلى اللعان بقوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم - الآية ، وسبب ذلك ما روى ابن عباس رضي الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته خولة بشريك بن السمحاء عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : رأيت بعيني وسمعت بأذني ، فاشتد ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد بن عبادة : الآن يضرب هلال وترد شهادته ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : البينة أو حد في ظهرك ، فقال : يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ، فجعل صلى الله عليه وسلم يقول : البينة أو حد في ظهرك ، فقال هلال : والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله ما يرى ظهري من الحد ، فنزل - والذين يرمون أزواجهم - إلى قوله - إن كان من الصادقين - فلاعن عليه الصلاة والسلام بينهما ، وقال عند ذكر اللعنة والغضب : آمين ، وقال القوم : آمين » . قال (ويجب بقذف الزوجة بالزنا) لما تلونا (أو بنى الولد) لأنه في معناه . قال (إذا كانا من أهل الشهادة وهي ممن يحده قاذفها وطالبتة بذلك) لأن الركن فيه الشهادة . قال تعالى

فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْهُ حُبْسٌ حَتَّى يُلَاعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ فَيُحَدِّثُ ، فَإِذَا لَاعَنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللَّعَانُ ، وَتُحْبَسُ حَتَّى تُلَاعِنَ أَوْ تُصَدِّقَهُ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ يَمْنُ لَا يُحَدُّ قَاضٍ فَلَاحِدٌ عَلَيْهِ وَلَا لِعَانٌ وَيُعَزَّرُ .

- ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم - . والشهادة لا تكون معتبرة إلا إذا صدرت من أهلها ، فوجوب الشهادة عليهما اشتراط كونهما من أهل الشهادة ، ولا بد من أن تكون ممن يحدد قاذفها ، لأن اللعان في حقها كحد القذف لما أن اللعان عقوبة ، فإن كان كاذبا التحق به كالحديث حتى لا تقبل شهادته بعد اللعان أبدا ، وهو في حقها كحد الزنا لأن الغضب في حقها من الله تعالى عقوبة شديدة يلتحق بها إن كانت كاذبة فقام مقام حد الزنا ، ولهذا لا يثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضي ، ولا بشهادة النساء كالحدود ، ولا بد من طلبها لها لأن الحق كما في حد القذف . وشرط اللعان قيام الزوجية بينهما بنكاح صحيح دون الفاسد ، لأن مطلق الزوجية ينصرف إلى الصحيح . قال (فإن امتنع منه حبس حتى يلاعن) لأنه حد وجب عليه فيحبس فيه لقدرته عليه (أو يكذب نفسه فيحد) لأنه إذا أكذب نفسه سقط اللعان ، وإذا سقط اللعان وجب عليه الحد ، لأن القذف لا يخلو عن موجب ، فإذا سقط اللعان صرنا إلى حد القذف ، إذ هو الأصل (فإذا لاعن وجب عليها اللعان) بالنص (وتحبس حتى تلاعن) لما بينا (أو تصدقه) فلا حاجة إلى اللعان ولا يجب عليها حد الزنا ، لأن من شرطه الأقارير الأربعة عندنا على ما يأتي بيانه ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله تحدد لأن الزاني يحدّ عنده بالإقرار مرة واحدة ، ويبتدئ في اللعان بالزوج لأنه هو المدعى ، ولأنه عليه الصلاة والسلام بدأ بالزوج ، فلما التنا فرق بينهما ، فإن التعتت المرأة أولا ثم الزوج أعادت ليكون على الترتيب المشروع ، فإن فرق بينهما قبل الإعادة جاز لأن المقصود تلاعنهما وقد وجد . قال (وإذا لم يكن الزوج من أهل الشهادة) بأن كان عبدا أو محدودا في قذف أو كافرا (فعليه الحد) لأن اللعان امتنع لمعنى من جهته فيرجع إلى الموجب الأصلي (وإن كان من أهل الشهادة وهي ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لأن المانع من جهتها فصار كما إذا صدقته (ويعزّر) لأنه آذاها وألحق الشين بها ولم يجب الحد فيجب التعزير حسا لهذا الباب ، ولو كانا محدودين في قذف حد لأن اللعان امتنع من جهته لأنه يبدأ به وهو ليس من أهل الشهادة ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لالعان بينهم وبين نساءهم : اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرّة تحت المملوك » وفي رواية « والمسلم تحت كافرة ، والكافر

وَصِفَةُ اللَّعَانِ أَنْ يَبْتَدِئَ الْقَاضِي بِالزَّوْجِ فَيَشْهَدُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزَّنا ، وَيَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْكَ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزَّنا ؛ وَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بَوْلًا يَقُولُ : فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنْ نَفْيِ الْوَلَدِ . وَإِنْ كَانَ بِهِمَا يَقُولُ : فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزَّنا وَمِنْ نَفْيِ الْوَلَدِ . ثُمَّ تَشْهَدُ الْمَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنا ، وَتَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ : غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنا ، وَفِي نَفْيِ الْوَلَدِ تَذَكُّرُهُ ؛ فَلِذَا التَّعْنَا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَازَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا كَانَتْ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً (س) ،

تحت مسئلة « وصورته : إذا كانا كافرين فأسلمت فقتلها قبل عرض الإسلام عليه . (وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة : أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا ، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتك به من الزنا ؛ وإن كان القذف بولد يقول : فيما رميتك به من نفى الولد ، وإن كان بهما يقول : فيما رميتك به من الزنا ومن نفى الولد) لأنه المقصود باليمين (ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا ، وفي نفى الولد تذكره) كما تقدم (فإذا التعنا فرّق الحاكم بينهما) ولا تقع الفرقة قبل الحكم حتى لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر . وقال زفر : تقع الفرقة بينهما بالتلاعن لوقوع الحرمة المؤبدة بينهما بالنص وهو المقصود من الفرقة . ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما لاعن بينهما قال الزوج : كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثاً . قال الراوى : ففارقها قبل أن يأمره رسول الله بفراقها ، فأمضى عليه ذلك فصار سنة المتلاعنين ، ولو وقعت الفرقة بتلاعنها لم يقع الطلاق ولما أمضاه عليه الصلاة والسلام وليين له بطلان اعتقاده في وقوع الطلاق ، ولأن حرمة الاستمتاع تثبت باللعان ، لأن اللعن والغضب نزل بأحدهما يبين وأثره بطلان النعمة ، وحل الاستمتاع نعمة والزوجة نعمة ، وحل الاستمتاع أقلهما فيحرم ، وهذه الحرمة جاءت من قبله لأنها بسبب قذفه فقد فوت عليها الإمساك بالمعروف فيجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا لم يشرحها وهو قادر عليه كان ظالمًا لها فينوب القاضي منابه دفعًا للظلم (فإذا فرّق بينهما كانت تطليقة بائنة) لأنه كفعل الزوج كما في الحب والعنة . وقال أبو يوسف : هو تحریم مؤبد ، وثمرته إذا أكذب

فَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ يَوْلَدُ نَتْنِ الْقَاضِي نَسَبَهُ وَالْحَقُّهُ بِأُمِّهِ ، وَإِذَا قَالَ : حَمْلُكَ لَيْسَ مِنِّي فَلَا لِعَانَ (سم) .

نفسه حدة القاضي وعاد خاطبا ، وعنده لا لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » ولنا أنه إذا أكذب نفسه لم يصيرا متلاعنين ولا يبقى حكمه ، ولهذا وجب عليه الحد بالإكذاب ، ولأن اللعان شهادة وهي تبطل بتكذيب الشاهد نفسه فلم يبقيا متلاعنين لاحقيقة ولا حكما فلم يتناولهما النص . قال (فإن كان القذف بولد نني القاضي نسبه وألحقه بأمه) لأنه عليه الصلاة والسلام نني ولد امرأة هلال وألحقه بأمه . وإذا قذف الأعمى امرأته العمياء أو الفاسق امرأته يجب اللعان لأهما من أهل الشهادة ؛ ولو كان أحدهما أخرس لاحد ولا لعان لأنه ليس من أهل الشهادة ؛ ولو أخرس أحدهما أو ارتد أو أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف ، أو وطئت - راما بعد اللعان قبل التفريق بطل اللعان ولا حد ولا تفريق ، لأن ما منع الوجوب منع الإمضاء لوجود الشبهة ؛ ولو وطئت بشبهة فحذفها زوجها لالعان عليه ولا حد على قاذفها . وعن أبي يوسف أنه رجع وقال : يجب اللعان والحد لأنه وطء يجب فيه المهر ويثبت النسب . وجه الظاهر أنه وطء في غير ملك فأشبه الزنا وصار شبهة في إسقاط الحد عن القاذف ؛ ولو قذفها ثم وطئت حراما لالعان بينهما لما بينا ، ولو لم يفرق الحاكم بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما . وقال محمد : لا يستقبل لأن اللعان قائم مقام الحد فصار كإقامة الحد حقيقة ، وذلك لا يؤثر فيه عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء في التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال ؛ ولو طلقها بعد القذف ثلاثا أو بائنا فلا حد ولا لعان ، ولو كان رجعيا لاعن لقيام الزوجية ؛ ولو تزوجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حد بذلك القذف ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا يا زانية فعليه الحد دون اللعان لأنه قذف أجنبية ؛ ولو قال : يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان ، لأنه طلقها ثلاثا بعد وجوب اللعان فسقط بالبينونة ؛ ولو قذف أربع نسوة لاعن مع كل واحدة منهن ؛ ولو قذف أربع أجنبيات حد لهن حدا واحدا ، والفرق أن المقصود في الثانية الزجر ، وهو يحصل بحد واحد ، أما الأول فالمقصود باللعان دفع العار عن المرأة وإبطال نكاحها عليه وذلك لا يحصل بلعان واحد . قال (وإذا قال : ليس حملك مني فلا لعان) وقالوا : إن ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم القذف يجب اللعان لأننا تيقنا بقيام الحمل يومئذ ، وله أنه يومئذ لم يتيقن بقيام الحمل فلم يصير قاذفا ، وإذا لم يكن قاذفا في الحال يصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس مني ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط ، وأجمعوا أنه لا ينتفي نسب الحمل قبل الولادة لأنه حكم هابه ولا حكم على الجنين قبل الولادة كالإرث والوصية ؛ ولو نني ولد زوجته الحرة فصدقته

وَيَصِحُّ نَفْيُ الْوَلَدِ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ فِي حَالَةِ التَّهْنِئَةِ وَابْتِياعِ آلَةِ الْوِلَادَةِ
فِيْلَاعِنُ وَيَنْفِيهِ الْقَاضِي ، وَبَعْدَ ذَلِكَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَيْلَاعِنُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا
فَعَلِمَ فَكَأَنَّمَا وَلَدَتْ حَالَهُ عَلَيْهِ ؛ وَمَنْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ
فَاعْتَرَفَ بِالْأَوَّلِ وَنَفَى الثَّانِي ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَلَا عِنَ ، وَإِنْ عَكَسَ فَنَفَى الْأَوَّلَ
وَأَعْتَرَفَ بِالثَّانِي ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَحُدَّ .

فلا حد ولا لعان وهو ابنهما لا يصدقان على نفيه ، لأن النسب حق الولد والأم لا تملك
إسقاط حق ولدها فلا ينتفى بتصديقها ؛ وإنما لم يجب الحد واللعان لتصديقها لأنه لا يجوز
لها أن تشهد أنه لمن الكاذبين وقد قالت إنه لصديق ، وإذا تعذر اللعان لا ينتفى النسب .
قال (ويصح نفي الولد عقيب الولادة وفي حالة التهنة وابتياح آلة الولادة فيلاعن وينفيه
القاضي وبعد ذلك يثبت نسبه ويلاعن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه مقدّر بسبعة أيام
لأن أثر الولادة والتهنة فيها اعتبارا بالعقيقة ، وقالوا : يصح نفيه في مدة النفاس لأنه أثر
الولادة ، وله أن الزوج لو نفاه عقيب الولادة انتفى بالإجماع ، ولو لم ينفيه حتى طالت المدة
لم يكن له نفيه بالإجماع فلا بد من حد فاصل ، ومعلوم أن الإنسان لا يشهد عليه بنسب
ولده ، وإنما يستدل على ذلك بقبوله التهنة وابتياح متاع الولادة وقبول هدية الأصدقاء ،
فاذا فعل ذلك أو مضى مدة يفعل فيه ذلك عادة وهو ممسك كان اعترافا ظاهرا فلا يصح
نفيه بعده . قال (وإن كان غائبا فعلم فكأنها ولدت حال علمه) معناه : أنه يصح نفيه
عندهما في مدة النفاس بعد العلم . وعنده مدة التهنة على ما بينا ، لأنه لا يجوز أن يلزمه النسب
مع عدم علمه فصار حال علمه بحالة الولادة على الأصلين . وعن أبي يوسف إن علم
قبل الفصال فهو مقدّر بمدة النفاس وبعده ليس له أن ينفيه ، لأن قبل الفصال كمدة النفاس
حيث لم ينتقل عن غذائه الأول وبعده ينتقل ويخرج عن حالة الصغر فيقبح نفيه كما لو بقي
شيخا . قال (ومن ولدت ولدين في بطن واحد فاعترف بالأول ونفى الثاني ثبت نسبهما
ولا عِنَ ، وإن عكس فنفي الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما وحد) أما ثبوت النسب
فلأنهما توعدان خلقا من ماء واحد ، فتي ثبت نسب أحدهما باعترافه ثبت نسب الآخر
ضرورة . وأما اللعان في الأولى والحد في الثانية فلائنه لما نفي الثاني لم يكن مكذبا نفسه
فيلاعن ، وفي الثانية لما نفي الأول صار مكذبا نفسه باعترافه الثاني فيحد ، ولو قال
في المسئلة الثانية : هما ابناي لا يحد ولا يكون تكذيبا لأنه صادق لأنهما لزماء من طريق
الحكم فكان مخبرا عما ثبت بالحكم .

باب العدة

عِدَّةُ الْحُرَّةِ الَّتِي تَحِيضُ فِي الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَلَاثُ حِيضٍ ،
وَالصَّغِيرَةِ وَالْأَيَّسَةِ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ؛ وَعِدَّتُهُنَّ فِي الْوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةٌ
أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الْأُمَةِ فِي الطَّلَاقِ حِيضَتَانِ ، وَفِي الصَّغَرِ وَالْإِيَّاسِ شَهْرٌ وَنِصْفٌ ؛
وَعِدَّتُهُمَا فِي الْوَفَاةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الْكُلِّ فِي الْحَمْلِ وَضْعُهُ ؛

باب العدة

وهو مصدر عده يعده ، وسئل عليه الصلاة والسلام « متى تكون القيامة ؟ قال : إذا
تكاملت العدتان » أي عدة أهل الجنة وعدة أهل النار : أي عددهم ، وسمى الزمان الذي
تربص فيه المرأة عقب الطلاق والموت عدة لأنها تعد الأيام المضروبة عليها وتنتظر أوان
الفرج الموعود لها . والأصل في وجوبها قوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة
قروء - وقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر
وعشرا - وقوله - واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي
لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن -
وأحصوا العدة - وهي ثلاثة أنواع : الحيض ، والشهور ، ووضع الحمل ، وبكل ذلك
نطق الكتاب . وتجب بثلاثة أشياء : بالطلاق ، وبالوفاة ، وبالوطء على ما نبينه إن شاء الله
تعالى . قال (عدة الحرة التي تحيض في الطلاق والفسخ بعد الدخول ثلاث حيض ،
والصغيرة والأيسة ثلاثة أشهر ؛ وعدتهن في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) لما تلونا من
الآيات ؛ والفرقة بالفسخ كالطلاق ، لأن العدة للتعرف عن براءة الرحم وأنه يشملهما
(وعدة الأمة في الطلاق حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها
حيضتان » (وفي الصغر والإيَّاس شهر ونصف) لأن الرق منصف إلا أن الحيضة لاتجزئ
فكملت احتياطا ، وقد قال عمر رضي الله عنه : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا . أما
الشهر فيتجزئ فجعلناه شهرا ونصفا (وعدتها في الوفاة شهران وخمسة أيام) لما بينا (وعدة
الكل في الحمل وضعه) لعموم قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -
ولأن المقصود التعرف عن براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولاشغل بعد وضعه ،
ولإيه الإشارة بقول عمر رضي الله عنه : لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل
لها أن تزوج ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه : من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى :
يعنى سورة الطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - نزلت بعد التي

ولا عِدَّةٌ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلَا عَلَى الذَّمِّ فِي طَلَاقِ الذَّمِّ ؛
وَعِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَإِعْتَاقِ ثَلَاثِ حَيْضٍ أَوْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ؛
وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشُبُهَةِ بِالْحَيْضِ فِي الْمَوْتِ وَالْفُرْقَةِ ؛
وَعِدَّةُ امْرَأَةِ الْفَارِّ أَبَعْدُ الْأَجَلَيْنِ فِي الْبَائِنِ (س) وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي الرَّجْعِيِّ ؛
وَلَوْ أُعْتِقَتِ الْأُمَةُ فِي الْعِدَّةِ مِنْ طَلَاقِ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ
الْحَرَائِرِ وَفِي الْبَائِنِ لَا ، وَلَوْ اعْتَدَّتِ الْآيِسَةُ بِالْأَشْهُرِ ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ

فِي سُورَةِ الْبَقَرَةِ : يَعْنِي - وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ - الْآيَةُ ؛ وَإِنْ أَسْقَطْتَ سَقَطَ اسْتِبَانُ
بَعْضُ خَلْقِهِ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَبَانَ فَهُوَ وَلَدٌ ، وَإِذَا لَمْ يَسْتَبِنْ جَازَ أَنْ يَكُونَ
وَلَدًا وَغَيْرَ وَلَدٍ فَلَا تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِالشَّكِّ . قَالَ (وَلَا عِدَّةَ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ) لِقَوْلِهِ
تَعَالَى فِيهِ - فَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ - مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا - قَالَ (وَلَا عَلَى الذَّمِّ) وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ ،
وَلَا عِدَّةَ فِي نِكَاحِ الْفُضُولِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ ، لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ فِيهِ لِأَنَّهُ مَوْقُوفٌ فَلَمْ يَنْعَقِدْ
فِي حَقِّ حُكْمِهِ فَلَا يَوْرَثُ شِبْهَةَ الْمَلِكِ وَالْحُلِّ ، وَالْعِدَّةُ وَجِبَتْ صِيَانَةً لِلْمَاءِ الْمُحْتَرَمِ عَنِ الْخُلْطِ
وَاحْتِرَازًا عَنْ اشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ . قَالَ (وَعِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَإِعْتَاقِ ثَلَاثِ
حَيْضٍ أَوْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ) إِنْ كَانَتْ مِنْ لَاتَحْيِضَ لَمَّا رَوَى أَنَّ مَارِيَةَ الْقُبْطِيَّةَ أُمُّ وَلَدٍ رَسُولِ
اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اعْتَدَتْ بَعْدَ وَفَاتِهِ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ وَلَمْ يَنْكُرْ عَلَيْهَا أَحَدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَلَمَّا أَنَهَا نَقَلَتْهُ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ إِجْمَاعًا مِنْهُمْ ، وَكُلُّ
ذَلِكَ حُجَّةٌ . وَعَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ ثَلَاثُ حَيْضٍ ، وَلَوْ زَوَّجَهَا
الْمَوْلَى ثُمَّ مَاتَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْفَرَّاشَ انْتَقَلَ إِلَى الزَّوْجِ ، فَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ وَانْقَضَتْ
عِدَّتُهَا ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِأَنَّ الْفَرَّاشَ عَادَ إِلَيْهِ وَقَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ . قَالَ (وَالْعِدَّةُ
فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشِبْهَةِ بِالْحَيْضِ فِي الْمَوْتِ وَالْفُرْقَةِ) لِأَنَّهُ لَتَتَعَرَّفَ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ
وَلَا تَجِبُ عِدَّةُ الْوَفَاةِ لِأَنَّهُمَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ ، قَالَ (وَعِدَّةُ امْرَأَةِ الْفَارِّ أَبَعْدُ الْأَجَلَيْنِ فِي الْبَائِنِ
وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي الرَّجْعِيِّ) وَهِيَ إِذَا طَلَّقَهَا وَهُوَ مَرِيضٌ فَوَرِثَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ . وَقَالَ
أَبُو يُوسُفَ : عِدَّتُهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ فِي الْبَائِنِ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالطَّلَاقِ وَلَزِمَتْهَا الْعِدَّةُ
بِالْحَيْضِ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ أَثَرُهُ فِي الْإِرْثِ لَمَّا بَيَّنَّا لَافِي تَغْيِيرِ الْعِدَّةِ وَبِخِلَافِ الرَّجْعِيِّ لِأَنَّ النِّكَاحَ
بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهِ . وَلَهُمَا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الْإِرْثِ فَلَا يَبْقَى فِي حَقِّ الْعِدَّةِ أَوَّلَى ، لِأَنَّ
الْعِدَّةَ مِمَّا يَحْتَاطُ فِيهَا فَيَجِبُ أَبَعْدَ الْأَجَلَيْنِ ؛ قَالَ (وَلَوْ أُعْتِقَتِ الْأُمَةُ فِي الْعِدَّةِ مِنْ طَلَاقِ
رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الْحَرَائِرِ ، وَفِي الْبَائِنِ لَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ
فِي الرَّجْعِيِّ دُونَ الْبَائِنِ ، وَمَوْتُهُ كَالْبَيِّنُونَةِ . قَالَ (وَإِذَا اعْتَدَّتِ الْآيِسَةُ بِالْأَشْهُرِ ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ

بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ الصَّغِيرَةَ ثُمَّ رَأَتْهُ فِي خِلَالِ الشَّهْرِ اسْتَأْنَفَتْ بِالْحَيْضِ ؛ وَلَوْ
اعْتَدَتْ بِحَيْضَةٍ أَوْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أَيْسَتْ اسْتَأْنَفَتْ بِالشُّهُورِ .
وَابْتِدَاءُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ عَقِيْبُهُ وَالْوَفَاةُ عَقِيْبُهَا ، وَتَنْقِضِي الْمُدَّةِ
وَلَاِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِهِمَا ؛

بعد ذلك أو الصغيرة ثم رأته في خلال الشهر استأنفت بالحيض (أما الآيسة فلأن بالعود
علمنا أنها غير آيسة وأن عدتها الحيض وصارت كالممتدة طهرها فتستأنف ، وأما الصغيرة
فلأن الجمع في عدة واحدة بين الحيض والأشهر ممتنع ، لما فيه من الجمع بين البدل
والمبدل ، ولأنه لم يرد به أثر ولم يقل به بشر ، وقد تعدد الاعتداد بالأشهر فتعين الحيض ؛
أو نقول الأشهر خلف عن الحيض وقد قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف
فيجب عليها كالتيمم إذا وجد الماء في صلاته (ولو اعتدت بحیضة أو حیضتين ثم أیست
استأنفت بالشهور) لما بينا .

فصل

الأقراء : الحيض ، وهو قول أبي بكر وعمر وعليّ وابن مسعود وابن عباس وأبي الدرداء
وابن الصامت وجماعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين . وقال زيد بن ثابت وعبد الله
ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم : إنها الأطهار ، وحاصله أن اسم القرء يقع على الحيض
والطهر جميعا لغة حقيقة ، يقال : أقرأت المرأة إذا حاضت ، وأقرأت إذا طهرت ، وأصله
الوقت لمحجى الشيء وذهابه ، يقال : رجع فلان لقرئه : أى لوقته الذى يرجع فيه ، وثمرة
الخلاف تظهر في انقضاء العدة ؛ فمن قال إنها الحيض يقول : لا تنقضي إلا باستكمال
ثلاث حيض ، ومن قال إنها الأطهار يقول : إذا شرعت في الحيضة الثالثة انقضت العدة ،
والحمل على الحيض أولى بالنص والمعقول . أما النص فقوله عليه الصلاة والسلام للمستحاضة
« دعي الصلاة أيام أقرائك » وإنما ترك الصلاة أيام الحيض بالإجماع ، وقوله عليه الصلاة
والسلام « عدة الأمة حيضتان » والمعقول أنه ذكره بلفظ الجمع ؛ فمن قال إنه للحيض قال :
لا بد من ثلاث حيض فيتحقق الجمع ، ومن قال إنه الأطهار لا يتحقق الجمع على قوله ،
لأن الطلاق لو وقع في آخر الطهر انقضت العدة بطهرين آخرين وبالشروع في الثالث
فلا يوجد الجمع ، والعمل بما يوافق لفظ النص أولى . قال (وابتداء عدة الطلاق عقيبه
والوفاة عقيبا وتنقضي بمضي المدة وإن لم تعلم بهما) لأن الطلاق والوفاة هو السبب فيعتبر
ابتدائها من وقت وجود السبب ، وإن أقر أنه طلق امرأته من وقت كذا فكذبه أو قالت
لأدري وجبت العدة من وقت الإقرار ويجعل هذا إنشاء احتياطا ، وإن صدقته فمن وقت

وَابْتِدَاءُ عِدَّةِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِهِ عَلَى تَرْكِ الْوُطْءِ (ز) ،
وَإِذَا وَطِئَتِ الْمَعْتَدَةُ بِشُبُهَةِ فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ وَأُخْرَى وَيَتَدَاحِلَانِ ، فَإِنْ حَاضَتْ
حَيْضَةً ثُمَّ وَطِئَتْ كَمَلَتْهَا بِثَلَاثٍ أُخَرَ ، وَأَقْلُ مُدَّةِ الْعِدَّةِ شَهْرَانِ (سَم) ،

الطلاق واختيار المشايخ أنه يجب من وقت الإقرار تحرّزا عن المواضعة وزجرا له عن كتمان طلاقها لأنه يصير مسببا لوقوعها في المحرم ولا تجب لها نفقة العدة ، ولها أن تأخذ منه مهرا ثانيا إن وجد الدخول من وقت الطلاق إلى وقت الإقرار لأنه أقرّ بذلك وقد صدقته . قال (وابتداء عِدَّةِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِهِ عَلَى تَرْكِ الْوُطْءِ) وقال زفر : من آخر الوطئات لأن الوطء هو الموجب للعدة . ولنا أن التمكن من الوطء على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه فيجعل واطئا حكما إلى حالة التفريق أو عزم الترك فتجب العدة من حين انقطاع الوطء حقيقة وشرعا أخذًا بالاحتياط . قال (وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عِدَّةٌ أُخْرَى) لوجود السبب (ويتداخلان ، فإن حاضت حيضة ثم وطئت كملتها بثلاث أخر) وتحسب حيضتان من العدين وتكمل الأولى والثالثة تنتم للثانية ، لأن المقصود من العدة التعرف عن براءة الرحم ، وأنه حاصل بالعدة الواحدة لأنه لا بد من ثلاث حيض بعد الوطء الثاني وبه تتعرف براءة الرحم ، وللثاني أن يتزوجها بعد استكمال الأولى لأنها في عدته ؛ ولو وطئت المعتدة عن وفاة تممتها ، وما تراه من الحيض فيها يحتسب من الثانية ، فإن استكملت فيها ثلاث حيض فقد انفصتا معا وإلا تمت الثانية بما بقي من حيضها لما بينا . قال (وأقلّ مدة العدة شهران) أى مدة تنقضى فيها ثلاث حيض . وقالوا : أقلها تسعة وثلاثون يوما وثلاث ساعات لأنهما يعتبران أقلّ مدة الحيض وهى ثلاثة أيام ، وأقلّ الطهر وهو خمسة عشر يوما ، ثم يقدر أن وقوع الطلاق قبل أوان الحيض بساعة فتلاثة أيام حيض ، وخمسة عشر طهر ، ثم ثلاثة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم ثلاثة حيض فكملة العدة . وأبو حنيفة يخرجها من طريقين : أحدهما يعتبر أكثر الحيض احتياطا ، فيبدأ بالحيض عشرة ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم عشرة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم عشرة حيض فذلك ستون يوما ، وهذه رواية محمد ، والآخر وهو رواية الحسن بن زياد أنه يعتبر الوسط من الحيض وهو خمسة أيام ، ويجعل مبدأ الطلاق في أول المطهر عملا بالسنة ؛ فخمسة عشر يوما طهر وخمسة حيض ، هكذا ثلاث مرّات يكون ستين يوما ؛ والأمة تصدق عندهما في أحد وعشرين يوما ، ستة أيام حيضتان ، وخمسة عشر يوما طهر بينهما . وعند أبي حنيفة على رواية الحسن أربعين يوما ، وعلى رواية محمد خمسة وثلاثين ، ولو كانت حاملا وقد علّق طلاقها بالولادة ، فعلى قياس رواية محمد عن أبي حنيفة لا يصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما ، وعلى قياس رواية الحسن مائة يوم .

وَلَا يَتَّبَعِي أَنْ تُحْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ ، وَلَا بِأَسَ بِالْتَّعْرِيزِ ،

وعلى قياس قول أبي يوسف خمسة وستون ، وفي الأئمة على رواية محمد خمسة وستون ، ورواية الحسن خمسة وسبعون ، وعن أبي يوسف سبعة وأربعون ، وعن محمد ستة وثلاثون وثلاث ساعات ، ويعرف ذلك لمن يتأمله بتوفيق الله تعالى . ثم إن وقع الطلاق للآيسة والصغيرة أو الموت غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة بالإجماع وإن نقص عددها ، وإن وقع ذلك في وسط الشهر تعتبر بالأيام فتعد في الطلاق بتسعين يوما ، وفي الوفاة مائة وثلاثين يوما وهو رواية عن أبي يوسف ، وروى عنه وهو قول محمد تعد بقية الشهر بالأيام وتكمله من الشهر الرابع ، وتعد بشهرين فيما بينهما بالأهلة ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة إلا عند التعذر ، وقد تعذر في الأول فيعمل فيه بالأيام لأنها كالبدل عن الأهلة ، ويعمل في الباقي بالأصل . ولأبي حنيفة أنه لا يدخل الشهر الثاني ولا يعد إلا بعد انقضاء الأول ، ولا انقضاء للأول إلا بعد استكمالها فيكمل الأول من الثاني ، وهكذا الثاني مع الثالث فتعذر اعتبار الأهلة في الكل ، وعلى هذا مدة الإيلاء واليمين إذا حلف لا يفعل كذا سنة والإجازات ونحوها ، وإذا قالت : انقضت عدتي صدقت لأنها أمانة فإن كذبها الزوج حلفت كالمودع . واختلف أصحابنا في حد الإياس ، قال بعضهم : يعتبر بأقرانها من قرابتها ، وقيل يعتبر بتركيبها لأنه يختلف بالسمن والهزال . وعن محمد أنه قدره بستين سنة . وعنه في الروميات بخمس وخمسين ، وفي المولدات ستين ، وقيل خمسين سنة ، والفتوى على خمس وخمسين من غير فصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وعنه أيضا ما بين خمس وخمسين إلى ستين . وذكر محمد في نوادر الصلاة : العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض إذا لم يكن عن آفة . وقال محمد بن مقاتل الرازي : هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا حكم بإياسها ثم رأت الدم لا يكون حيضا وهو الصحيح . والمرأة إذا لم تحض أبدا حتى بلغت مبلغا لا يحض فيه أمثالها غالبا حكم بإياسها . وذكر في الجامع الصغير : إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها . قال (ولا ينبغي أن تحطب المعتدة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء - المراد به المعتدات بالإجماع ، لأن الله تعالى نهي الجناح في التعريض وأنه يدل على أن تركه أولى فيلزم كراهة التصريح بطريق الأولى (ولا بأس بالتعريض) لأنه تعالى نهي الجناح فإنه دليل الإباحة . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام دخل على أم سلمة وهي في العدة فذكر منزلته من الله تعالى وهو متحامل على يده حتى أثر الحصى على يده من شدة تخامله عليها وأنه تعريض ، والتعريض مثل أن يقول : إني فيك لأرغب ، وأود أن أتزوجك ، وإن تزوجتك لأحسن إليك ، ومثلك من يرغب فيه ويصلح للرجال ونحوه . وعن النخعي لا بأس بأن يهدى إليها ويقوم بشغلها في العدة

وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة أو أمة الحداد ، وهو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن والحناء إلا من عذر ؛

إن كانت من شأنه ، والتصريح قوله : أنكحك ، وأتزوج بك ونحوه وأنه مكروه ، قال تعالى - ولكن لاتواعدوهن سرا - قال عليه الصلاة والسلام « السر النكاح » وهذا كله في المبتوتة (١) والمتوفى عنها زوجها . أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح لأن نكاح الأول قائم على ما بينا .

فصل

(وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة أو أمة الحداد) ويقال الإحداد . والأصل فيه ما روى « أن امرأة مات عنها زوجها فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الانتقال فقال : كانت إحداكن تمكث في أشهر أحلاسها إلى الحول ، أفلا أربعة أشهر وعشرا ؟ » فدل أنه يلزمها أن تقيم في شر أحلاسها أربعة أشهر وعشرا . وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت ثلاثة أيام فافوقها إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » وأنه عام في كل معتدة ، ولأنه لما حرم عليها النكاح في العدة أمرت بتجنب الزينة حتى لاتكون بصفة الملتزمة للأزواج وأنه يعم الفصلين ، ولأنها وجبت لإظهارها للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي كان سبب مثنوتها وكفائتها من النفقة والسكنى وغير ذلك ، وأنه موجود في المبتوتة والمتوفى عنها . قال (وهو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن والحناء إلا من عذر) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الحناء ، وقوله « الحناء طيب » فدل على أن الطيب محظور عليها ، ويدخل فيه الثوب المطيب والمعصر والمزعر حتى قالوا : لو كان غسिला لاينقض جاز لأنه لم يبق له رائحة ، فإن لم يكن لها إلا ثوب واحد مصبوغ لابس به لأنه عذر ، ولا تمتشط لأنه زينة ، فإن كان فالأسنان المنفرجة دون المضمومة ، ولا تلبس حليا لأنه زينة ، ولا تلبس قصبا ولا خزانة لأنه زينة . وعن أبي يوسف لابس بالقصب والخز الأحمر . فالحاصل أن ذلك يلبس للحاجة ويلبس للزينة فيعتبر القصد في لبسه ، وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يأذن للمبتوتة في الاكتحال » بخلاف حالة التداوى لأنه عذر ،

(١) قوله وهذا كله في المبتوتة ، ليس مذهبا لنا لأن مذهبنا جواز التعريض خاص بالمتوفى عنها .

وَلَا تَخْرُجُ الْمَبْتُوتَةُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا ، وَالْمُعْتَدَةُ عَنْ وَفَاةٍ تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَتَبِيتُ فِي مَنْزِلِهَا ، وَالْأُمَةُ تَخْرُجُ لِحَاجَةِ الْمَوْلَى فِي الْعِدَّتَيْنِ فِي الْوَقْتَيْنِ جَمِيعًا ، وَتَعْتَدُ فِي الْبَيْتِ الَّذِي كَانَتْ تَسْكُنُهُ حَالٌ وَقُوعٌ الْفُرْقَةِ إِلَّا أَنْ يَنْهَدِمَ أَوْ تَخْرُجَ مِنْهُ أَوْ لَا تَقْدِرَ عَلَى أَجْرَتِهِ فَتَنْتَقِلَ .

فكان ضرورة دون التزين ؛ وكذا إذا خافت من ترك الدهن والكحل حدوث مرض بأن كانت معتادة لذلك يباح لها ذلك . ولا إحداد على صغيرة ولا مجنونة لعدم الخطاب ولأنها عبادة حتى لا تجب على الكافرة ؛ بخلاف الأمة لأنها أهل للعبادات وليس فيها إبطال حتى المولى ، وليس في عدة النكاح الفاسد إحداد لأنه لا يتأسف على زواله لأنه واجب الزوال ولأنه نعمة فزواله نعمة . قال (ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلا ولا نهارا) لقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - ولا يخرجن - ولأن نفقتها واجبة على الزوج فلا حاجة لها إلى الخروج كالزوجة ، حتى لو اختلعت على أن لانفقة لها قيل تخرج نهارا لمعاشها ، وقيل لا وهو الأصح ، لأنها اختارت إسقاط نفقتها فلا يؤثر في إبطال حتى المختلعة عليها على أن لاسكنى لها لا يجوز لها الخروج . قال (والمعتدة عن وفاة تخرج نهارا وبعض الليل وتبيت في منزلها) لأنه لانفقة لها فتضطر إلى الخروج لإصلاح معاشها وربما امتدت ذلك إلى الليل . وعن محمد لا بأس بأن تبيت في غير منزلها أقل من نصف الليل لما بينا (والأمة تخرج لحاجة المولى في العديتين في الوقتين جميعا) لما في المنع من إبطال حقه ، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى ، وإن كان المولى بؤاها لم تخرج ما دامت على ذلك إلا أن يخرجها المولى ، وكذلك المكاتبه والكتابية تخرج إلا إذا منعها الزوج لصيانة مائه ، والمجنونة والمعتوه كالذمية ، والصبية تخرج لأنها لا يلزمها العبادات ، ولاحق للزوج لأنه لحفظ الولد ، ولا ولد إلا في الطلاق الرجعي ، فلا تخرج إلا باذن الزوج لبقاء الزوجية على ما مر (وتعتد في البيت الذي كانت تسكنه حال وقوع الفرقة) لأنه البيت المضاف إليه بقوله تعالى - من بيوتهن - لأنه هو الذي تسكنه ، وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها « اسكنى في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » . قال (إلا أن ينهدم أو تخرج منه أو لا تقدر على أجرته فتنتقل) لما يلحقها من الضرر في ذلك . أما إذا انهدم فلأن السكنى في الحربة لاتأمن على نفسها ومالها ، ثم قيل تنتقل حيث شاءت إلا أن تكون مبتوتة فتنتقل إلى حيث شاء الرجل لأنه المخاطب بقوله تعالى - أسكنوهن - وإذا حولها الورثة أو صاحب المنزل فهي معذورة في ذلك . وروى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر رضى الله عنه لأنها كانت في دار الإمارة وعائشة رضى الله عنها نقلت أختها لما قتل طلحة رضى الله

فصل

أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان ، وإذا أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبته ، وليستة أشهر لا ، ويثبت نسب ولدي المطلقة الرجعية وإن جاءت به لأكثر من سنتين ما لم تقرر بانقضاء العدة ، فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت ويثبت النسب ولا يصير مراحجا ، وإن جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة ، ويثبت نسب ولدي المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين ،

عنه ، ولو طلب منها أكثر من أجرة المثل فلما يلحقها من الضرر ، وصار كمن الماء للمسافر يجوز له التيمم إذا كان بأكثر من ثمن المثل ، ولو أبانها والمنزل واحد يجعل بينه وبينها ستره ، وكذلك الورثة في الوفاة ، فإن لم يجعلوا انتقلت محررا عن الفتنة ، وإذا كان المطلق غائبا وطلب أهل المنزل الأجرة أعطيتهم باذن القاضي ويصير ديننا على الزوج .

فصل

(أقل مدة الحمل ستة أشهر) لما روى أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر فهم عثمان برجمها ، فقال ابن عباس : لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، فإن الله تعالى يقول - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - والولادات يرصن أولادهن حولين كاملين - فبقى لمدة الحمل ستة أشهر . قال (وأكثرها سنتان) لما روى عن عائشة أنها قالت : لا يبنى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفركة مغزل ، وذلك لا يعرف إلا توقيفا إذ ليس للعقل فيه مجال ، فكأنها روتها عن النبي عليه الصلاة والسلام . قال (وإذا أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبته) لأنه ظهر كذبها بيقين فصار كأنها لم تقرر به (و) إن جاءت به (لسته أشهر لا) يثبت ، لأنه لم يظهر كذبها فيكون من حمل حادث بعده فلا يثبت نسبته . قال (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين ما لم تقرر بانقضاء العدة) لاحتمال الوطاء والعلوق في العدة لجواز أن تكون ممتدة الظهر (فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت) لانقضاء العدة (ويثبت النسب) لوجود العلوق في النكاح أو في العدة (ولا يصير مراحجا) لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده فلا يصير مراحجا بالشك (وإن جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه وأنه وطئها في العدة حملا لحالهما على الأحسن والأصلح . قال (ويثبت نسب ولد المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين) لاحتمال أن الحمل

وَلَا يَثْبُتُ لِأَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ (ز) ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُعْتَدَةِ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ (س) ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَبَلٍ ظَاهِرٍ ، أَوْ اعْتِرَافِ الزَّوْجِ ، أَوْ تَصْدِيقِ الْوَرَثَةِ ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ الْمُطَلَّاقَةِ الصَّغِيرَةِ رَجْعِيَّةً (س) كَانَتْ أَوْ مَبْتُوتَةً (س) إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ، وَفِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةِ أَيَّامٍ بِسَاعَةٍ ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ وَلَدْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ لَمْ تَطْلُقْ (س) ،

كان قائماً وقت الطلاق فلا يكون الفراش زائلاً يبين فيثبت النسب احتياطاً (ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا أن يدعيه) لأننا تيقنا بحدوث الحمل بعد الطلاق فلا يكون منه إلا أن يدعيه فيجعل كأنه وطئها بشبهة العدة . وقال زفر : في عدة الوفاة إذا جاءت به بعد انقضائها لستة أشهر لا يثبت ، لأن الشرع حكم بانقضائها بالأشهر فصار كإقرارها . وجوابه أنه لانقضاء العدة وجه آخر وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل عدم الحمل فيها لعدم المحلية فوقع الشك في البلوغ . قال (ولا يثبت نسب ولد المعتدة إلا بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، أو حبل ظاهر ، أو اعتراف الزوج ، أو تصديق الورثة) وقالوا : يثبت بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم لقيام العدة ، وهو ملزم للنسب كقيام النكاح . ولأبي حنيفة أنها لو أقرت بوضع الحمل انقضت العدة ، والمنقضى لا يكون حجة فيحتاج إلى إثبات النسب فلا بد من حجة كاملة . أما إذا ظهر الحبل أو اعترف به الزوج فالنسب ثابت قبل الولادة والحاجة إلى التعيين وأنه يثبت بشهادتها ، وكذا إذا اعترف به الورثة بعد الموت . وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه حقهم . وأما النسب فإن كانوا من أهل الشهادة ثبت بشهادتهم ، ولا يثبت في حقهم باعترافهم ويثبت في حق غيرهم تبعاً للثبوت في حقهم . قال (ولا يثبت نسب ولد المطلقة الصغيرة رجعية كانت أو مبتوتة إلا أن تأتي به لأقل من تسعة أشهر ، وفي عدة الوفاة لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام بساعة) وقال أبو يوسف في المبتوتة : يثبت إلى سنتين لأنها معتدة لم تقر بانقضاء العدة ، ويحتمل أن تكون حاملاً وصارت كالبالغة . ولهما أنه تعين لانقضاء عدتها جهة واحدة وهي الأشهر ، فإذا مضت حكم الشرع بانقضائها وهو أقوى من الإقرار لاحتمال الخلف في الإقرار دونه . وأما الرجعي ، قال أبو يوسف : يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً لأنه يجعل واطئاً في آخر العدة وهي ثلاثة أشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهي سنتان ؛ ولو ادعت الصغيرة الحبل في العدة فهي كالكبيرة في الحكم لأنه ثبت بلوغها بإقرارها (ولو قال لها : إن ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة بالولادة لم تطلق) وقالوا : تطلق لقوله عليه الصلاة والسلام

وإن اعترف بالحبل تطلق بمجرد قولها (سم) ، ولو قال لأمتيه : إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولد .

« شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال » فكانت شهادتها حجة في الولادة ، فتكون حجة فيما ينتهي عليه وهو الطلاق . ولأبي حنيفة أنها ادعت على زوجها الحنث فلا يثبت إلا ببينة كاملة ، وشهادتها ضرورية في الولادة فلا تتعدى إلى الطلاق لأنه ينفك عنه . قال (وإن اعترف بالحبل تطلق بمجرد قولها) وقالوا : لا بد من شهادة امرأة تشهد بالولادة لأنها ادعت فلا بد من حجة . وله أنه أقر بالحبل فيكون إقرارا بالولادة لأنه يفضي إليه ، ولأنه أقر بكونها أمينة فيقبل قولها في رد الأمانة . قال (ولو قال لأمتيه : إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولد) لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، وإنه يثبت بالقابلة إجماعا .

تم الجزء الثالث من « الاختيار لتعليل المختار »

وبليه :

الجزء الرابع ، وأوله : باب النفقة

فهرس

الجزء الثالث من الاختيار لتعليل المختار

صفحة	صفحة
٥٨ كتاب الغصب	٣ كتاب الحوالة
٦٤ فصل في زوائد الغصب	٥ كتاب الصلح
٦٦ كتاب إحياء الموات	١١ كتاب الشركة
٦٩ كتاب الشرب	١٩ كتاب المضاربة
٧٢ فصل في بيان أن كرى الأنهار	٢٣ فصل نفقة المضارب في مال المضاربة
العظام على بيت المال	ما دام في سفره
٧٤ كتاب المزارعة	٢٤ بيان ما تبطل به المضاربة
٧٩ فصل في حكم من سقى أرضه	٢٥ كتاب الوديعة
فسال ماؤه إلى أرض غيره ففرقها	٢٩ كتاب القبط
كتاب المساقاة	٣٢ كتاب اللقطة
٨١ كتاب النكاح	٣٥ كتاب الآبق
٨٣ حكم الشهود في النكاح وما يشترط	٣٧ كتاب المفقود
فيهم	٣٨ كتاب الخنثى
٨٤ فصل في المحرمات ، وهي تسعة	٣٩ فصل يؤخذ في الخنثى بالأحوط
أقسام	والأوثق من أمور الدين
٨٩ نكاح المتعة والنكاح المؤقت	٤٠ كتاب الوقف
وحكمهما	٤٥ فصل في حكم ما إذا وقف على
٩٠ فصل في بيان أن عبارة النساء	الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة
معتبرة في النكاح	٤٧ فصل في حكم إجارة الوقف
٩٨ فصل فيها تعتبر الكفاءة به في	٤٨ كتاب الهبة
النكاح	٥١ فصل في المعاني المانعة من الرجوع
١٠١ فصل في المهر	في الهبة
١٠٤ فصل في حكم ما إذا تزوجها على	٥٣ فصل في العمري والرقبي
مهر أو خنزير	٥٥ كتاب العارية

صيفة

١٠٩ فصل لا يجوز نكاح العبد والأمة

والمدير وأمّ الولد إلا باذن المولى

١١١ فصل في حكم ما إذا تزوج ذميّ

ذمية على أن لا مهر لها

١١٥ فصل في العيوب التي يثبت بها الخيار

لأحد الزوجين والتي لا يثبت

بها

١١٦ فصل على الرجل أن يعدل بين

نسائه

١١٧ كتاب الرضاع

١٢١ - كتاب الطلاق

١٢٤ حكم طلاق المكره وطلاق السكران

وطلاق الأخرس وطلاق المأزول

١٢٥ فصل صريح الطلاق لا يحتاج إلى

نية

١٢٩ فصل في وصف الطلاق

١٣١ فصل في حكم من طلق امرأته قبل

الدخول ثلاثاً

١٣٢ فصل كذايات الطلاق لا يقع بها

إلا بنية أو بدلالة الحال

صيفة

١٤٠ تعليق الطلاق

١٤٢ فصل في حكم ما إذا علق الطلاق

على مشيئة الله تعالى

١٤٣ فصل في حكم من أبان امرأته في

مرضه ثم مات

١٤٥ فصل في طلاق المجهولة

١٤٧ باب الرجعة

١٥١ باب الإيلاء

١٥٥ فصل فيما يسقط الإيلاء

١٥٦ باب الخلع

١٦٠ فصل إذا اختلعت المكاتبة لزمها

المال بعد العتق

١٦٢ باب الظهار

١٦٣ فصل في كفارة الظهار

١٦٧ باب اللعان

١٧٢ باب العدة

١٧٤ فصل في الأقراء وهي الحيض

١٧٧ فيما على المعتدة من نكاح صحيح

١٧٩ فصل في بيان أقل مدة الحمل

وأكثرها ، وما يترتب على

من الأحكام